

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 19



URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 19

WARSZAWA, czerwiec 2015

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 19

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

Małgorzata Stręciwillk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Honorata Łopianowska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Dominika Serocka (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Kierownictwo i redakcja:**

Małgorzata Stręciwillk

### **Opracowanie techniczne:**

Małgorzata Stręciwillk

Dominika Serocka

### **Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

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

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Poligrafii

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 480/W/C/2015

Warszawa 2015 r.

## SPIS TREŚCI

<b>Wprowadzenie</b> . . . . .	<b>13</b>
<b>Wykaz skrótów</b> . . . . .	<b>14</b>
<b>Art. 2 pkt 7a</b> . . . . .	<b>15</b>
1. Sygn. akt: KIO 2443/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r. . . . .	15
<b>Art. 7 ust. 1</b> . . . . .	<b>15</b>
2. Sygn. akt: KIO 1953/14, Wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r. . . . .	15
3. Sygn. akt: KIO 1965/14, Wyrok KIO z dnia 9 października 2014 r. . . . .	15
4. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	15
<b>Art. 7 ust. 3</b> . . . . .	<b>16</b>
5. Sygn. akt: KIO 2605/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r. . . . .	16
<b>Art. 8</b> . . . . .	<b>17</b>
6. Sygn. akt: KIO 1296/14, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2014 r. . . . .	17
7. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r. . . . .	17
8. Sygn. akt: KIO 1774/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r. . . . .	18
9. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r. . . . .	19
10. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	19
11. Sygn. akt: KIO 2307/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	19
12. Sygn. akt: KIO 2421/14, KIO 2453/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r. . . . .	20
13. Sygn. akt: KIO 2537/14, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2014 r. . . . .	20
<b>Art. 17 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>21</b>
14. Sygn. akt: KIO 2325/14, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2014 r. . . . .	21
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>21</b>
15. Sygn. akt: KIO 1327/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r. . . . .	21
16. Sygn. akt: KIO 1334/14, Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2014 r. . . . .	22
17. Sygn. akt: KIO 1368/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. . . . .	23
18. Sygn. akt: KIO 1768/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r. . . . .	23
19. Sygn. akt: KIO 2152/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	23
20. Sygn. akt: KIO 2232/14, KIO 2264/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	24
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 3</b> . . . . .	<b>24</b>
21. Sygn. akt: KIO 1809/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r. . . . .	24
22. Sygn. akt: KIO 2086/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r. . . . .	24
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>25</b>
23. Sygn. akt: KIO 1705/14, Wyrok KIO z dnia 2 września 2014 r. . . . .	25

---

24. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r. . . . .	25
25. Sygn. akt: KIO 2467/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r. . . . .	26
26. Sygn. akt: KIO 2452/14, KIO 2473/14, KIO 2474/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r. . . . .	27
27. Sygn. akt: KIO 2585/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r. . . . .	28
28. Sygn. akt: KIO 2636/14, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2014 r. . . . .	28
<b>Art. 22 ust. 4 . . . . .</b>	<b>30</b>
29. Sygn. akt: KIO 1339/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.. . . . .	30
30. Sygn. akt: KIO 1242/14, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2014 r.. . . . .	30
31. Sygn. akt: KIO 1608/14, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r. . . . .	31
32. Sygn. akt: KIO 1726/14, Wyrok KIO z dnia 3 września 2014 r. . . . .	31
33. Sygn. akt: KIO 1754/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. . . . .	32
34. Sygn. akt: KIO 1784/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.. . . . .	33
35. Sygn. akt: KIO 2495/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. . . . .	34
<b>Art. 23 ust. 1 . . . . .</b>	<b>34</b>
36. Sygn. akt: KIO 1674/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r. . . . .	34
37. Sygn. akt: KIO 1897/14, KIO 1899/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r. . . . .	35
<b>Art. 23 ust. 2 . . . . .</b>	<b>36</b>
38. Sygn. akt: KIO 1898/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.. . . . .	36
39. Sygn. akt: KIO 2564/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r. . . . .	37
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 4–11 . . . . .</b>	<b>37</b>
40. Sygn. akt: KIO 2483/14, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2014 r.. . . . .	37
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 1 . . . . .</b>	<b>38</b>
41. Sygn. akt: KIO 2587/14, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2014 r. . . . .	38
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 2 . . . . .</b>	<b>39</b>
42. Sygn. akt: KIO 1279/14, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r. . . . .	39
43. Sygn. akt: KIO 1806/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.. . . . .	39
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 3 . . . . .</b>	<b>40</b>
44. Sygn. akt: KIO 1748/14, KIO 1752/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.. . . . .	40
45. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r. . . . .	40
46. Sygn. akt: KIO 2136/14, Wyrok KIO z dnia 30 października 2014 r. . . . .	41
47. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. . . . .	41
48. Sygn. akt: KIO 2356/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. . . . .	42
49. Sygn. akt: KIO 2383/14, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2014 r. . . . .	42
50. Sygn. akt: KIO 2408/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.. . . . .	43
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 4 . . . . .</b>	<b>43</b>
51. Sygn. akt: KIO 2079/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r. . . . .	43

---

52. Sygn. akt: KIO 2126/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	44
53. Sygn. akt: KIO 2645/14, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r. . . . .	45
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 5 . . . . .</b>	<b>45</b>
54. Sygn. akt: KIO 1748/14, KIO 1752/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. . . . .	45
55. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r. . . . .	46
56. Sygn. akt: KIO 2344/14, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. . . . .	47
57. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r. . . . .	48
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 1 . . . . .</b>	<b>49</b>
58. Sygn. akt: KIO 1375/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. . . . .	49
59. Sygn. akt: KIO 2243/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	50
60. Sygn. akt: KIO 2251/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	50
61. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. . . . .	51
62. Sygn. akt: KIO 2075/14, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2014 r. . . . .	52
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 2 . . . . .</b>	<b>52</b>
63. Sygn. akt: KIO 1151/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r. . . . .	52
64. Sygn. akt: KIO 1803/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r. . . . .	52
65. Sygn. akt: KIO 2365/14, KIO 2366/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. . . . .	53
66. Sygn. akt: KIO 2645/14, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r. . . . .	53
<b>Art. 26 ust. 2b . . . . .</b>	<b>54</b>
67. Sygn. akt: KIO 1291/14, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2014 r. . . . .	54
68. Sygn. akt: KIO 1327/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r. . . . .	55
69. Sygn. akt: KIO 1308/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r. . . . .	55
70. Sygn. akt: KIO 1379/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r. . . . .	55
71. Sygn. akt: KIO 1368/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. . . . .	56
72. Sygn. akt: KIO 1469/14, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r. . . . .	56
73. Sygn. akt: KIO 1670/14, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2014 r. . . . .	57
74. Sygn. akt: KIO 1698/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r. . . . .	58
75. Sygn. akt: KIO 1767/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r. . . . .	59
76. Sygn. akt: KIO 1840/14, Wyrok KIO z dnia 18 września 2014 r. . . . .	60
77. Sygn. akt: KIO 1898/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r. . . . .	61
78. Sygn. akt: KIO 2156/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	61
79. Sygn. akt: KIO 2182/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r. . . . .	62
80. Sygn. akt: KIO 2272/14, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2014 r. . . . .	63
81. Sygn. akt: KIO 2270/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	64
82. Sygn. akt: KIO 2295/14, KIO 2305/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. . . . .	65
83. Sygn. akt: KIO 2285/14, KIO 2328/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	66
84. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r. . . . .	67
85. Sygn. akt: KIO 2558/14, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014 r. . . . .	67

<b>Art. 26 ust. 3</b> . . . . .	<b>67</b>
86. Sygn. akt: KIO 1208/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r. . . . .	67
87. Sygn. akt: KIO 1252/14, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r. . . . .	68
88. Sygn. akt: KIO 1469/14, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r.. . . . .	68
89. Sygn. akt: KIO 1446/14, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2014 r.. . . . .	68
90. Sygn. akt: KIO 1780/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r.. . . . .	68
91. Sygn. akt: KIO 2122/14, KIO 2128/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	69
92. Sygn. akt: KIO 2307/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	70
93. Sygn. akt: KIO 2312/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r. . . . .	70
94. Sygn. akt: KIO 2325/14, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2014 r. . . . .	70
95. Sygn. akt: KIO 2356/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. . . . .	70
96. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r. . . . .	71
<b>Art. 26 ust. 4</b> . . . . .	<b>71</b>
97. Sygn. akt: KIO 1703/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r. . . . .	71
98. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r. . . . .	72
<b>Art. 29 ust. 1 i 2</b> . . . . .	<b>72</b>
99. Sygn. akt: KIO 1329/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.. . . . .	72
100. Sygn. akt: KIO 1493/14, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2014 r.. . . . .	73
101. Sygn. akt: KIO 1591/14, Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2014 r. . . . .	74
102. Sygn. akt: KIO 1635/14, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r. . . . .	74
103. Sygn. akt: KIO 1641/14, KIO 1651/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.. . . . .	75
104. Sygn. akt: KIO 1750/14, KIO 1755/14, KIO 1756/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r. . . . .	76
105. Sygn. akt: KIO 1934/14, KIO 1948/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r.. . . . .	76
106. Sygn. akt: KIO 2115/14, KIO 2116/14, Wyrok KIO z dnia 23 października 2014 r. . . . .	76
107. Sygn. akt: KIO 2170/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r. . . . .	77
108. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.. . . . .	77
<b>Art. 29 ust. 4 pkt 4</b> . . . . .	<b>78</b>
109. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.. . . . .	78
<b>Art. 36.</b> . . . . .	<b>79</b>
110. Sygn. akt: KIO 2068/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r. . . . .	79
<b>Art. 36 ust. 1 pkt 13</b> . . . . .	<b>79</b>
111. Sygn. akt: KIO 1389/14, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r.. . . . .	79
<b>Art. 38.</b> . . . . .	<b>80</b>
112. Sygn. akt: KIO 1361/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r.. . . . .	80
113. Sygn. akt: KIO 1593/14, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r. . . . .	80
114. Sygn. akt: KIO 1708/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. . . . .	81



---

<b>Art. 39.</b> . . . . .	<b>82</b>
115. Sygn. akt: KIO 1807/14, Wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r.. . . . .	82
<b>Art. 40 ust. 1</b> . . . . .	<b>82</b>
116. Sygn. akt: KIO 2273/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	82
<b>Art. 43.</b> . . . . .	<b>82</b>
117. Sygn. akt: KIO 1753/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.. . . . .	82
118. Sygn. akt: KIO 1987/14, KIO 2000/14, KIO 2002/14, Wyrok KIO z dnia 20 października 2014 r. . . . .	83
119. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	84
<b>Art. 46 ust. 4a.</b> . . . . .	<b>84</b>
120. Sygn. akt: KIO 1780/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r.. . . . .	84
<b>Art. 57 ust. 2</b> . . . . .	<b>84</b>
121. Sygn. akt: KIO 1854/14, Wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r.. . . . .	84
<b>Art. 83 ust. 3</b> . . . . .	<b>86</b>
122. Sygn. akt: KIO 1254/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r. . . . .	86
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>86</b>
123. Sygn. akt: KIO 1239/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r. . . . .	86
124. Sygn. akt: KIO 1772/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.. . . . .	87
125. Sygn. akt: KIO 2315/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r. . . . .	87
126. Sygn. akt: KIO 2490/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. . . . .	87
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 1</b> . . . . .	<b>88</b>
127. Sygn. akt: KIO 1891/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.. . . . .	88
128. Sygn. akt: KIO 2320/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	89
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>90</b>
129. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.. . . . .	90
130. Sygn. akt: KIO 1891/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.. . . . .	90
131. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.. . . . .	91
132. Sygn. akt: KIO 2253/14, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2014 r. . . . .	91
133. Sygn. akt: KIO 2457/14, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2014 r.. . . . .	91
134. Sygn. akt: KIO 2605/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r. . . . .	92
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 1</b> . . . . .	<b>93</b>
135. Sygn. akt: KIO 1302/14, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 r. . . . .	93
136. Sygn. akt: KIO 2054/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r. . . . .	93
137. Sygn. akt: KIO 2069/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r. . . . .	94

<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>94</b>
138. Sygn. akt: KIO 1365/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r.. . . . .	94
139. Sygn. akt: KIO 1529/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r.. . . . .	95
140. Sygn. akt: KIO 1728/14, KIO 1730/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r.. . . . .	96
141. Sygn. akt: KIO 1736/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r. . . . .	96
142. Sygn. akt: KIO 1921/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.. . . . .	97
143. Sygn. akt: KIO 2033/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r. . . . .	97
144. Sygn. akt: KIO 2144/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	97
145. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.. . . . .	98
146. Sygn. akt: KIO 2299/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. . . . .	99
147. Sygn. akt: KIO 2370/14, Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r. . . . .	99
148. Sygn. akt: KIO 2467/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.. . . . .	100
149. Sygn. akt: KIO 2493/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. . . . .	101
150. Sygn. akt: KIO 2519/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. . . . .	102
151. Sygn. akt: KIO 2558/14, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014 r. . . . .	102
152. Sygn. akt: KIO 2543/14, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r. . . . .	103
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3</b> . . . . .	<b>103</b>
153. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.. . . . .	103
154. Sygn. akt: KIO 2069/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r. . . . .	104
155. Sygn. akt: KIO 2052/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r. . . . .	104
156. Sygn. akt: KIO 2151/14, Wyrok KIO z dnia 31 października 2014 r. . . . .	105
157. Sygn. akt: KIO 2169/14, Wyrok KIO z dnia 31 października 2014 r. . . . .	106
158. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. . . . .	106
159. Sygn. akt: KIO 2285/14, KIO 2328/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	107
160. Sygn. akt: KIO 2463/14, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2014 r.. . . . .	108
161. Sygn. akt: KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.. . . . .	109
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>110</b>
162. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.. . . . .	110
163. Sygn. akt: KIO 1504/14, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r.. . . . .	110
164. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r. . . . .	112
165. Sygn. akt: KIO 1909/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r. . . . .	112
166. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	112
167. Sygn. akt: KIO 2284/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	113
168. Sygn. akt: KIO 2398/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.. . . . .	113
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 5</b> . . . . .	<b>113</b>
169. Sygn. akt: KIO 1536/14, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. . . . .	113
170. Sygn. akt: KIO 1562/14, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r. . . . .	114

---

<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>114</b>
171. Sygn. akt: KIO 2312/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r. . . . .	114
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 8</b> . . . . .	<b>114</b>
172. Sygn. akt: KIO 2350/14, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2014 r. . . . .	114
<b>Art. 90 ust. 1–3</b> . . . . .	<b>115</b>
173. Sygn. akt: KIO 1243/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r. . . . .	115
174. Sygn. akt: KIO 997/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r. . . . .	115
175. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.. . . . .	116
176. Sygn. akt: KIO 1427/14, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2014 r.. . . . .	116
177. Sygn. akt: KIO 1595/14, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. . . . .	116
178. Sygn. akt: KIO 1625/14, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2014 r. . . . .	118
179. Sygn. akt: KIO 1642/14, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2014 r. . . . .	119
180. Sygn. akt: KIO 1791/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.. . . . .	120
181. Sygn. akt: KIO 1902/14, Wyrok KIO z dnia 7 października 2014 r. . . . .	121
182. Sygn. akt: KIO 1943/14, KIO 1952/14, KIO 1966/14, KIO 2038/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r. . . . .	121
183. Sygn. akt: KIO 2179/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. . . . .	122
184. Sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2230/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.. . . . .	122
185. Sygn. akt: KIO 2237/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. . . . .	122
186. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.. . . . .	123
187. Sygn. akt: KIO 1741/14, KIO 1747/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	123
188. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	124
189. Sygn. akt: KIO 2284/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	124
190. Sygn. akt: KIO 2531/14, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2014 r. . . . .	125
<b>Art. 91 ust. 1</b> . . . . .	<b>126</b>
191. Sygn. akt: KIO 2076/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r. . . . .	126
<b>Art. 91 ust. 2–3</b> . . . . .	<b>126</b>
192. Sygn. akt: KIO 2349/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	126
193. Sygn. akt: KIO 2395/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. . . . .	127
194. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.. . . . .	127
195. Sygn. akt: KIO 2643/14, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r. . . . .	129
<b>Art. 92.</b> . . . . .	<b>129</b>
196. Sygn. akt: KIO 1316/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.. . . . .	129
197. Sygn. akt: KIO 1745/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r. . . . .	129
198. Sygn. akt: KIO 2028/14, Wyrok KIO z dnia 17 października 2014 r. . . . .	130
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>130</b>
199. Sygn. akt: KIO 1765/14, KIO 1766/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r. . . . .	130

---

<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7</b> . . . . .	<b>131</b>
200. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	131
201. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r. . . . .	131
<b>Art. 139 ust. 1.</b> . . . . .	<b>132</b>
202. Sygn. akt: KIO 2177/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. . . . .	132
203. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	132
<b>Art. 144 ust. 1.</b> . . . . .	<b>133</b>
204. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r. . . . .	133
<b>Art. 150 ust. 1.</b> . . . . .	<b>134</b>
205. Sygn. akt: KIO 2273/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	134
<b>Art. 179 ust. 1.</b> . . . . .	<b>134</b>
206. Sygn. akt: KIO 1245/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r. . . . .	134
207. Sygn. akt: KIO 1329/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. . . . .	134
208. Sygn. akt: KIO 1419/14, KIO 1420/14, KIO 1426/14, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2014 r. . . . .	134
209. Sygn. akt: KIO 1433/14, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2014 r. . . . .	135
210. Sygn. akt: KIO 1479/14, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2014 r. . . . .	135
211. Sygn. akt: KIO 1549/14, Postanowienie KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r. . . . .	135
212. Sygn. akt: KIO 1609/14, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r. . . . .	135
213. Sygn. akt: KIO 1820/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r. . . . .	136
214. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r. . . . .	136
215. Sygn. akt: KIO 1868/14, Postanowienie KIO z dnia 29 września 2014 r. . . . .	136
216. Sygn. akt: KIO 1911/14, Wyrok KIO z dnia 29 września 2014 r. . . . .	137
217. Sygn. akt: KIO 1977/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r. . . . .	138
218. Sygn. akt: KIO 2203/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r. . . . .	139
219. Sygn. akt: KIO 2358/14, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014 r. . . . .	139
220. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r. . . . .	140
221. Sygn. akt: KIO 2490/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. . . . .	140
<b>Art. 180 ust. 3.</b> . . . . .	<b>140</b>
222. Sygn. akt: KIO 1816/14, Wyrok KIO z dnia 18 września 2014 r. . . . .	140
<b>Art. 180 ust. 3.</b> . . . . .	<b>141</b>
223. Sygn. akt: KIO 1866/14, Wyrok KIO z dnia 25 września 2014 r. . . . .	141
224. Sygn. akt: KIO 2346/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. . . . .	141
<b>Art. 180 ust. 4.</b> . . . . .	<b>141</b>
225. Sygn. akt: KIO 2413/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r. . . . .	141

---

<b>Art. 182 ust. 3.</b> . . . . .	<b>142</b>
226. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.. . . . .	142
227. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r.. . . . .	142
228. Sygn. akt: KIO 2122/14, KIO 2128/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r. . . . .	142
<b>Art. 185 ust. 2–4</b> . . . . .	<b>143</b>
229. Sygn. akt: KIO 1439/14, Postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2014 r.. . . . .	143
230. Sygn. akt: KIO 1710/14, Postanowienie KIO z dnia 4 września 2014 r. . . . .	143
231. Sygn. akt: KIO 1745/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r. . . . .	143
232. Sygn. akt: KIO 1772/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.. . . . .	143
233. Sygn. akt: KIO 2050/14, Postanowienie KIO z dnia 21 października 2014 r. . . . .	144
234. Sygn. akt: KIO 2582/14, Postanowienie KIO z dnia 17 grudnia 2014 r. . . . .	144
235. Sygn. akt: KIO 2665/14, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2014 r. . . . .	144
<b>Art. 186</b> . . . . .	<b>145</b>
236. Sygn. akt: KIO 1432/14, Postanowienie KIO z dnia 23 lipca 2014 r.. . . . .	145
237. Sygn. akt: KIO 1769/14, Postanowienie KIO z dnia 10 września 2014 r.. . . . .	145
238. Sygn. akt: KIO 2225/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. . . . .	146
<b>Art. 187 ust. 8.</b> . . . . .	<b>147</b>
239. Sygn. akt: KIO 2681/14, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2014 r. . . . .	147
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>147</b>
240. Sygn. akt: KIO 2287/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. . . . .	147
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>147</b>
241. Sygn. akt: KIO 1654/14, Postanowienie KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r. . . . .	147
242. Sygn. akt: KIO 2402/14, Postanowienie KIO z dnia 26 listopada 2014 r. . . . .	149
243. Sygn. akt: KIO 2075/14, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2014 r. . . . .	150
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4</b> . . . . .	<b>150</b>
244. Sygn. akt: KIO 1714/14, Wyrok KIO z dnia 5 września 2014 r. . . . .	150
245. Sygn. akt: KIO 1804/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.. . . . .	151
246. Sygn. akt: KIO 2034/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r. . . . .	151
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>151</b>
247. Sygn. akt: KIO 1434/14, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2014 r. . . . .	151
248. Sygn. akt: KIO 1930/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r.. . . . .	152
249. Sygn. akt: KIO 1741/14, KIO 1747/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r. . . . .	152
<b>Art. 190 ust. 1–7</b> . . . . .	<b>152</b>
250. Sygn. akt: KIO 1728/14, KIO 1730/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r.. . . . .	152
251. Sygn. akt: KIO 1800/14, Wyrok KIO z dnia 16 września 2014 r. . . . .	153
252. Sygn. akt: KIO 1978/14, Wyrok KIO z dnia 9 października 2014 r.. . . . .	153

---

253. Sygn. akt: KIO 2118/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	153
254. Sygn. akt: KIO 2135/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. . . . .	154
255. Sygn. akt: KIO 2210/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. . . . .	155
<b>Art. 191 ust. 3 . . . . .</b>	<b>155</b>
256. Sygn. akt: KIO 2292/14, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014 r. . . . .	155
<b>Art. 192 ust. 2 . . . . .</b>	<b>156</b>
257. Sygn. akt: KIO 2517/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r. . . . .	156
<b>Art. 192 ust. 7 . . . . .</b>	<b>157</b>
258. Sygn. akt: KIO 1569/14, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. . . . .	157
<b>Art. 192 ust. 9 i 10 . . . . .</b>	<b>158</b>
259. Sygn. akt: KIO 1754/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.. . . . .	158
260. Sygn. akt: KIO 1761/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r.. . . . .	158
261. Sygn. akt: KIO 1776/14, Wyrok KIO z dnia 16 września 2014 r. . . . .	159
262. Sygn. akt: KIO 1835/14, Postanowienie KIO z dnia 16 września 2014 r. . . . .	159
263. Sygn. akt: KIO 1866/14, Wyrok KIO z dnia 25 września 2014 r. . . . .	159
264. Sygn. akt: KIO 2423/14, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2014 r. . . . .	160
265. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r. . . . .	160
266. Sygn. akt: KIO 2488/14, Postanowienie KIO z dnia 5 grudnia 2014 r. . . . .	160
267. Sygn. akt: KIO 2421/14, KIO 2453/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r.. . . . .	161
<b>Art. 196 ust. 1 . . . . .</b>	<b>161</b>
268. Sygn. akt: KIO 1907/14, Postanowienie KIO z dnia 25 września 2014 r. . . . .	161
<b>Indeks rzeczowy . . . . .</b>	<b>163</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach . . . . .</b>	<b>167</b>

## WPROWADZENIE

*Szanowni Państwo,*

W Zeszyście nr 19, który oddajemy w Państwa ręce, chcemy zaproponować wybór orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w drugim półroczu 2014 r. W okresie tym Izba rozpoznała około 1300 spraw odwoławczych. Z tej liczby spraw Zespół Redakcyjny Zeszytów dokonał wyboru 268 tez orzeczniczych.

Wśród wybranych tez znajdują Państwo sporo orzeczeń Izby odnoszących się do problematyki udostępniania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potencjału podmiotu trzeciego (tezy: 67–85). Prezentowane orzecznictwo potwierdza ugruntowany już kierunek orzeczniczy, wskazujący na konieczność weryfikacji realności udostępnienia tego potencjału wykonawcy, w szczególności jeśli chodzi o potencjał wiedzy i doświadczenia.

Warte uwagi są także orzeczenia KIO dotyczące badania, czy oferta złożona w postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny (tezy: 162–168 i 173–190). Choć prezentowane orzeczenia dotyczą jeszcze stanu prawnego sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z drugiego półroczu ubiegłego roku (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych – Dz. U. z 2014 r. poz. 1232), to staraliśmy się w tym zakresie dokonać wyboru tych orzeczeń, które w dalszym ciągu zachowują swoją aktualność.

Polecam też Państwa uwadze wybrane orzeczenia, w których Izba rozpoznawała zarzuty czynu nieuczciwej konkurencji i zmów przetargowych (tezy: 153–161), coraz częściej pojawiające się w praktyce orzeczniczej KIO.

Mam nadzieję, że wskazana powyżej problematyka, jak i inne doświadczenia orzecznicze Izby, jeszcze bardziej przybliżą Państwu praktyczne zagadnienia sfery zamówień publicznych. Życzę dobrej lektury.

Małgorzata Stręciwiłk



Redaktor Zeszytów Orzeczniczych  
Członek KIO

Warszawa, 16 czerwca 2015 r.

**WYKAZ SKRÓTÓW**

<b>art.</b>	– artykuł
<b>BZP</b>	– Biuletyn Zamówień Publicznych
<b>CPV</b>	– Wspólny Słownik Zamówień
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Ustaw
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>TS UE, ETS</b>	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>KC, Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Krany
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>KRUS</b>	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
<b>KSH lub ksh</b>	– Kodeks Spółek Handlowych
<b>lit.</b>	– litera
<b>nr</b>	– numer
<b>UOKIK</b>	– ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
<b>Ustawa Pzp, Pzp, Pzp lub p.z.p.</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
<b>pkt</b>	– punkt
<b>poz.</b>	– pozycja
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>SIWZ, s.i.w.z. lub siwz</b>	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
<b>t.j.</b>	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>ust.</b>	– ustęp
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>VAT</b>	– Podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>zd.</b>	– zdanie
<b>ze zm.</b>	– ze zmianami
<b>ZNKU, u.z.n.k. lub znku</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych



## Art. 2 pkt 7a

### 1. Sygn. akt: KIO 2443/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że rozpatrywane odwołanie nie podlega odrzuceniu, w szczególności na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskazanej przez zamawiającego. Słusznie zamawiający zauważa, że czynność zaproszenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest literalnie wymieniona w ustawie Prawo zamówień publicznych. Należy jednak zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do treści art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, toczy się do momentu zawarcia umowy, a jak jednoznacznie stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 103/10 z 17 grudnia 2010 r., postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania, związane i zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego podlegają ocenie co do zgodności z przepisami ustawy. Do takich czynności należy również zaproszenie do zawarcia umowy, którego treść jest przedmiotem zarzutu odwołania.

## Art. 7 ust. 1

### 2. Sygn. akt: KIO 1953/14, Wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r.

Na wstępie należy zauważyć, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Jeśli interpretacja siwz przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia siwz można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie siwz musi być wykładane na korzyść wykonawców.

### 3. Sygn. akt: KIO 1965/14, Wyrok KIO z dnia 9 października 2014 r.

Dodać należy, że okoliczności powołane przez Odwołującego w treści odwołania potwierdzają, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w jednakowych stanach faktycznych, tj. przy braku wskazania pełnej zarejestrowanej nazwy wykonawcy w ofertach poszczególnych wykonawców, w dniu 19.09.2014 r., dokonał całkowicie odmiennej oceny dwóch ofert złożonych w tym samym postępowaniu.

### 4. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, że wyłącznie (...) sp. z o.o. i inne spółki z grupy X posiadają w swojej ofercie urządzenia, systemy, które odpowiadają przedmiotowi zamówienia, z uwagi na wcześniej realizowane przez tę spółkę zamówienia na rzecz Zamawiającego oraz faktu, że wyłącznie (...) sp. z o.o. (lub inne spółki z grupy X) posiadają odpowiednie dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji odpowiednich urządzeń, systemów. Izba zauważa, że okoliczność, iż dany wykonawca wcześniej realizował zamówienia, dzięki którym posiada lepszą wiedzę o przedmiocie danego zamówienia niż inni wykonawcy, nie powoduje wprost naruszenia w postępowaniu uczciwej konkurencji. Rynkowa przewaga konkurencyjna jest tu zdobyta przez wykonawcę w do-

zwolony sposób, zgodnie z regułami wolnego rynku. Korzystanie przez wykonawcę z uzyskanej wiedzy i doświadczenia w danym postępowaniu jest absolutnie dopuszczalne. Z punktu widzenia Zamawiającego okoliczność ta nie może wpływać na sposób traktowania tych wykonawców w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców oraz opisaną przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia w sposób umożliwiający złożenie ofert także innym wykonawcom, posiadającym odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia z należytą starannością. Zarzut nierównego traktowania wykonawców na obecnym etapie nie został przez Odwołującego wykazany.

### Art. 7 ust. 3

#### 5. Sygn. akt: KIO 2605/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r.

Przypomnienia w tej mierze wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do podejmowania dodatkowo innych, aniżeli wynikające z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, czynności, w tym samodzielnego unieważniania dokonanych przez siebie czynności lub ich powtórzenia, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest także uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo [analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14].

Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty [przykładowo jej niezgodność z SIWZ] później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego,

czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować. Gdyby miało być inaczej, i ocena ofert – wbrew wymaganiom stawianym w SIWZ – miałyby następczo pomijać wyartykułowane w SIWZ wymagania, stanowiłoby to przejaw dyskryminującego traktowania wykonawców: może bowiem być tak, że część wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie złożyła ofert zapoznając się z wymaganiami stawianymi w SIWZ, co uczyniliby, gdyby tych wymagań nie było, czy też gdyby nie były one brane pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym, Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonaniu wcześniej wyboru oferty, że jest ona obciążona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami. Stąd niemożność orzeczenia o poprawności lub nie oceny oferty innego wykonawcy, nie zamyka Zamawiającemu prawa do dalszego badania oferty, w tym brania pod uwagę później dostrzeżonych jej niedoskonałości.

## Art. 8

### 6. Sygn. akt: KIO 1296/14, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2014 r.

Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania spełnienia takich przesłanek [*uzasadniających zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa – przyp. red.*] w odniesieniu do złożonego pełnomocnictwa, czy też w odniesieniu do dokumentów urzędowych, które są jawne i powszechnie dostępne (jak odpis z KRS) lub też wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej.

Należy wskazać, że z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że obejmuje ona informacje, które są szczególnie cenne (posiadają wartość) dla przedsiębiorcy. Dlatego też, aby uznać dane informacje za mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, przedsiębiorca musi podjąć czynności celem ochrony tych informacji. Są to zazwyczaj konkretne czynności i można w tym zakresie przedstawić dowody. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, które świadczyłyby, że podjął czynności celem ochrony informacji, które uznać miał za informacje poufne i stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, nie wykazano także, jaką wartość (i jakiego rodzaju) mają oświadczenia i dokumenty, dotyczące podmiotu trzeciego (...) sp. z o.o.

Podkreślić należy, że zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wydruków i certyfikatów dotyczących oferowanego sprzętu, również nie znajduje uzasadnienia w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące spełnienia przez oferowany sprzęt parametrów można pozyskać ze stron internetowych, folderów, ulotek, a więc ze źródeł powszechnie dostępnych. Co więcej, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia wydruku ze strony internetowej, potwierdzającego spełnienie wymagania normy. Zatem wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia informacji powszechnie dostępnej.

### 7. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.

(...) załączone do oferty z dopiskiem „Tajemnica przedsiębiorstwa” dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w przeważającej mierze

zawierają informacje, które nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Nawet pobieżne zapoznanie się z wykazem usług, listami referencyjnymi i wykazem osób pozwala stwierdzić, że zawierają informacje dotyczące postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które w większości podlegają publikacji w związku z prowadzeniem takich postępowań, względnie są dostępne w ramach dostępu do informacji publicznej, a pozostałym zakresie nie mają waloru informacji o wartości gospodarczej, a ewentualnego dociekania wymagałaby jedynie kwestia danych identyfikujących osoby wskazane w wykazie (oczywiście z wyjątkiem osoby właściciela Kancelarii Marcin K.).

W przypadku wykazu usług i załączonych do niego referencji w pełni znalazły potwierdzenie zawarte w odwołaniu przypuszczenia, że w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. Przystępujący powołał się na wiedzę i doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień publicznych. Obie wykazane usługi dotyczą zamówień udzielonych przez jednostki samorządu terytorialnego na obsługę prawną, w tym przeprowadzanie kontroli prawidłowości prowadzonych przez nie lub ich jednostki organizacyjne postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W konsekwencji fakt udzielenia takich zamówień Kancelarii Adwokackiej Marcin K. wynika z informacji powszechnie dostępnych, choćby z ogłoszeń o rozstrzygnięciu postępowań czy udzieleniu tych zamówień. Z tego samego powodu również fakt przeprowadzenia przez tych zamawiających wymienionych w wykazie postępowań o udzielenie zamówień stanowi informację powszechnie dostępną. Nawet jeżeli postępowania te nie zostały zakończone, musi być co najmniej publicznie dostępne ogłoszenie o zamówieniu, w którym pada jego nazwa.

#### **8. Sygn. akt: KIO 1774/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.**

W kwestii utajnienia wyjaśnień (...) Sp. z o.o. z 2 czerwca, 25 lipca i 4 sierpnia 2014 r. Izba stwierdziła, że nastąpiło ono bezpodstawnie. Już niezależnie bowiem od ich treści rzeczywiście zawierających tajemnicę lub nie, powstaje kwestia formalna – wyjaśnienia te nie zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w chwili ich składania, a, jak wyjaśnił zamawiający podczas rozprawy, dopiero z inicjatywy zamawiającego 11 sierpnia 2014 r. Po pierwsze oznacza to, że wykonawca, składając te wyjaśnienia, jak i długi okres później, nie uznawał tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie odczuwał potrzeby ich ochrony – zatem nie są spełnione przesłanki wskazujące na daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa (nie była ona chroniona i można było się o niej dowiedzieć w dozwolonej formie). Po drugie, zgodnie ze – słusznymi – założeniami zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowań publicznych określonymi w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zatem konieczne jest, aby dane informacje zastrzec jako tajemnicę, zrobić to nie później niż w terminie ich składania (zamawiającemu). Przepis ten co prawda dotyczy ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (co do innych pism nie ma regulacji), ale ponieważ informacje zastrzegane jako tajemnica mogą występować także w innych dokumentach (zwłaszcza wyjaśnieniach i uzupełnieniach), zasadę tę stosuje się do wszystkich dokumentów. A więc tylko składając dany dokument można zastrzec jego treść. Przede wszystkim z powodu wskazanego powyżej, ale też, aby uchronić zamawiającego i inne podmioty od roszczeń wykonawcy, w razie, gdyby zamawiający te dokumenty już wcześniej komuś udostępnił.

Dlatego dokumenty te nie podlegają ochronie jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być innym wykonawcom udostępniane.

### **9. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r.**

Uznać należy, że materia objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy (...) odnośnie formularza cenowego łatwa jest do ustalenia przez co najmniej podmioty zawodowo zajmujące się branżą budowlaną. Samo przewidywane miesięczne wynagrodzenie poszczególnych inspektorów czy innych kosztów również jest bardzo ogólne, nie zawiera żadnych szczegółowych kalkulacji mogących wskazywać na właściwy tylko dla wykonawcy system ich obliczania. Poza tym informacja taka nie wykracza poza często standardowo wymaganą przez zamawiających w formularzach cenowych przygotowywanych w tego typu postępowaniach stawkę dziennego lub miesięcznego wynagrodzenia inspektorów czy prowadzenia biura itp. wydatków. Jak w każdej branży, założyć należy, że obowiązywać mogą pewne granice minimalnego i maksymalnego wynagrodzenia, czy też stawek, w ramach których poruszać mogą się poszczególni wykonawcy. Nie są to na tyle „wrażliwe” informacje, aby stanowić miały o dalszym bycie, czy też przewadze konkurencyjnej wykonawcy w branży, w której ubiega się on o publiczne kontrakty. Jednocześnie zaś, możliwość zapoznania się z formularzami cenowymi w poszczególnych ofertach umożliwi weryfikację przyjętych przez danego wykonawcę założeń kalkulacyjnych, co pozwoli ocenić konkurentom w postępowaniu choćby, czy można mówić o ofercie z rażąco niską ceną.

Ponadto, treść załącznika, co do którego Izba zdecydowała o ujawnieniu jego treści, przygotowana została przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ, gdzie wykonawcy nie byli zobowiązani do wypełniania go jakkolwiek treścią, a jedynie konieczne było podpisanie stosownego oświadczenia oraz wypełnienie poszczególnych kolumn cenami jednostkowymi za z góry określoną ilość jednostek, co w całości przekładało się na cenę brutto oferty. Z pewnością stwierdzić należy, iż nie są to informacje dostępne tylko dla wybranych wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje te nie stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacji posiadających dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu ogólnej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego na szczegółowo opracowanym przez tego ostatniego formularzu.

### **10. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia zawierają *know-how* przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za uzasadnione w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem to na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności dokumentu ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie. W niniejszej sprawie Przystępujący tych przesłanek nie wykazał, a Zamawiający, odmawiając udostępnienia tych wyjaśnień Odwołującemu, naruszył przepisy art. 8 ust. 1–3 ustawy Pzp.

### **11. Sygn. akt: KIO 2307/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie składania ofert i tym samym znajdujące zastosowanie w przedmiotowej sprawie, nie stanowiły w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie on do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie,



będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafności podjętej decyzji. W konsekwencji strony, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, powinny wywodzić i dowodzić nie należytej staranności, ale wystąpienia okoliczności przesądzających materialną kwalifikację informacji nieujawnianych przez wykonawców i w konsekwencji przez zamawiających, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

### **12. Sygn. akt: KIO 2421/14, KIO 2453/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r.**

Walurowi tajemnicy przedsiębiorstwa nie posiadają, w ocenie Izby, wyjaśnienia odwołującego (...) z dnia 20 października 2014 r. Oprócz zacytowania treści postawionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu stanowią one argumentację nacelowaną na przekonanie zamawiającego o spełnianiu warunku przez wskazaną w ofercie wytwórnię mieszanki mineralno-asfaltowej. Izba zważyła, że zarówno lokalizacja wytwórni, jak i sposób transportu mieszanki, z jakiego zamierza korzystać odwołujący (...) były ujawnione w treści oferty na stronie 48. Złożone wyjaśnienia nie przedstawiają zatem wartości gospodarczej, która mogłaby zaważyć na sytuacji wykonawcy na rynku. (...)

Izba stwierdziła, że przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą posiadać wyjaśnienia odwołującego (...) z dnia 30 października 2014 r. Izba zważyła, że złożona przez odwołującego (...) Tabela Elementów Rozliczeniowych była jawna w treści oferty, stąd przytoczenie w wyjaśnieniach jej fragmentów nie może być objęte ochroną. Pozostałe informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa, nie posiadają też wartości gospodarczej.

### **13. Sygn. akt: KIO 2537/14, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2014 r.**

Należy wskazać, że zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wybranego wykonawcy została objęta praktycznie cała techniczna część oferty, a więc w istocie wszystkie informacje determinujące ocenę w zakresie spełnienia wymagań wynikających z treści SIWZ. Poczynione w sprawie ustalenia nakazywały jednocześnie na przyjęcie stanowiska, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało pośrednio potwierdzone przez wybranego wykonawcę, który po złożeniu odwołania zgodził się na odtajnienie dokumentów i umożliwienie innym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. W ocenie Izby, gdyby przedmiotowe informacje mogły zostać faktycznie zakwalifikowane do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca ten – który przed dokonaniem wyboru przez Zamawiającego obszernie i dwukrotnie argumentował za utrzymaniem zastrzeżenia tajemnicy – nie zdecydowałby się na ich udostępnienie do wiadomości Odwołującego. Przyjęty sposób postępowania mógł być wynikiem przyjętej taktyki postępowania, w tym postępowania na etapie odwołania, nakierowanej na dezaktualizowanie zarzutu zaniechania odtajnienia zastrzeżonych wcześniej dokumentów. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie czynność tego wykonawcy w postaci zgody na odtajnienie i udostępnienie zastrzeżonych dokumentów nie mogła konwalidować zaniechań Zamawiającego, w szczególności nie eliminowała ona wady tego postępowania przejawiającej się w tym, że na moment wyboru oferty, a także na moment upływu terminu do wniesienia odwołania na czynność wyboru Odwołującemu została, w stopniu daleko idącym, ograniczona w sposób bezpodstawny możliwość zapoznania się z ofertą konkurencyjnego wykonawcy, a tym samym możliwość sprawdzenia, czy oferta ta faktycznie spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie miał dostępu jedynie do dokumentów, które mogłyby być, w tym kontekście, uznane za nieistotne, lecz dotyczyło to *de facto* całej technicznej strony oferty, a więc informacji kluczowych z punktu widzenia zgodności tej oferty z treścią SIWZ.

**Art. 17 ust. 1 pkt 4****14. Sygn. akt: KIO 2325/14, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2014 r.**

Przywołany przez odwołującego przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

Zdaniem Izby fakt udzielenia pozytywnych referencji przystępującemu odnośnie realizacji w przeszłości usług cateringu na rzecz zamawiającego sam przez się nie świadczył o wystąpieniu takiego stosunku z tym wykonawcą, który wywoływałby wątpliwości co do bezstronności ww. osób w postępowaniu. Wzięto pod uwagę, że udzielanie referencji jest standardowym sposobem dowodzenia doświadczenia w świadczeniu usług posiadanego przez wykonawców. Powyższe wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231). Oświadczenie wiedzy, jakim są referencje odnosi się do faktów z przeszłości, dotyczy jakości usług wykonywanych przez wykonawcę w przeszłości i sam fakt jego wystawienia nie świadczy o stronniczości osób je podpisujących w obecnie prowadzonym postępowaniu. Ponadto, żaden z przepisów stawy Pzp nie zabrania, aby o udzielenie zamówienia publicznego ubiegał się wykonawca, który w przeszłości świadczył usługi na rzecz zamawiającego. (...)

Podkreślić należy w tym miejscu, że pani Grażyna G. istotnie została powołana w dniu 10 września 2014 r. w skład komisji przetargowej. Dostrzeżenia wymaga jednak, że w dniu 29 września 2014 r. złożyła oświadczenie o wyłączeniu z udziału w postępowaniu, na skutek którego została odwołana ze składu komisji przetargowej. Wobec powyższego należało prześledzić, czy w okresie od 10 września do 29 września 2014 r. zaszły okoliczności uzasadniające jej wyłączenie z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w okresie tym, z uwagi na fazę postępowania, nie można było mówić jeszcze o jakichkolwiek wykonawcach biorących udział w tym konkretnym postępowaniu. 29 września 2014 r., w którym pani Grażyna G. złożyła oświadczenie o wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp był dniem, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyłączył możliwość zadawania pytań odnośnie treści ogłoszenia o zamówieniu. Wskutek powyższego w okresie od wszczęcia postępowania do upływu terminu składania wniosków nie ujawnił się żaden wykonawca, zainteresowany udziałem w postępowaniu. Dopiero z chwilą złożenia wniosków można było mówić o pojawieniu się pierwszych wykonawców w postępowaniu, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia. Ponieważ zaś Grażyna G. wyłączyła się z udziału w postępowaniu 29 września 2014 r. to niemożliwym było naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Do momentu wyłączenia się przez nią z postępowania nie ujawnił się bowiem jeszcze żaden wykonawca, z którym pani Grażyna G. mogłaby pozostawać w jakimkolwiek stosunku, a tym bardziej takim, który rodziłby wątpliwości co do jej bezstronności w postępowaniu.

**Art. 22 ust. 1 pkt 2****15. Sygn. akt: KIO 1327/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

(...) w ocenie Izby nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zdaniem Izby, spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdza robota referencyjna wskazana pod pozycją nr 1 uzupełnionego wykazu, a polegająca na budowie kinoteatru dla Centrum

Kultury (...) w V. Bezsprzecznie wartość robót przewyższała 60 mln zł, a roboty dotyczyły obiektu użyteczności publicznej, co najmniej pięciokondygnacyjnego i zawierającego, co najmniej jedną kondygnację podziemną. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż przedmiot robót obejmował wyłącznie remont kinoteatru, czy wyłącznie prace restauracyjne. O ile bezsprzecznie, członek konsorcjum nie budował kinoteatru od podstaw, to w ocenie Izby z treści dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, ale również i Odwołującego wynika, że wykonał on kompleksową przebudowę wskazanego obiektu. Zgodnie z przytaczanym przez Odwołującego art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Zdaniem Izby w wyniku przebudowy kinoteatru doszło do zmiany parametrów użytkowych, gdyż zakres robót obejmował m.in. stworzenie nowego piętra pod dachem, poprzez wykorzystanie istniejącej wysokości pomiędzy sklepieniem głównej sali kinoteatru, a zewnętrzną bryłą, która ma zostać zachowana, na którym umieszczone zostaną części instalacji niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania budynku. Zgodnie z treścią złożonych na rozprawie dokumentów prace związane z odrestaurowaniem budynku kinoteatru poza przywróceniem, wzmocnieniem i zachowaniem wartości architektonicznej budynku prowadziły do wykluczenia funkcji prywatnej budynku co pozwoliło na poszerzenie istniejących foyer i wejść do budynku, w celu dostosowania ich do nowej pojemności sali głównej kinoteatru. Niewątpliwe prace obejmowały również poszerzenie foyer wejściowego z dodaniem obszaru kawiarni na parterze i z otwarciem otworu o potrójnej wysokości nad obecnym foyer sali głównej kinoteatru. Dawna strefa biur i mieszkań została przekształcona we foyer o różnych wysokościach połączone pomostami. Ponadto w celu zapewnienia miejsca dla foyer wejściowego piętra przeznaczone na biura i salę projekcyjną zostały poddane całkowitej rozbiórce. W strefie tej przewidziano zastosowanie windy i wybudowanie schodów ewakuacyjnych. Mając na względzie choćby tylko w/w zakres prac, nie sposób uznać, iż prace polegały wyłącznie na remoncie budynku kinoteatru, jego odrestaurowaniu. W ocenie Izby Przystępujący wykazał posiadanie doświadczenia w wykonaniu kompleksowej przebudowy, gdyż zakres wykonanych robót budowlanych prowadził do zmiany parametrów użytkowych istniejącego budynku kinoteatru.

#### **16. Sygn. akt: KIO 1334/14, Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2014 r.**

(...) w świetle obowiązujących regulacji prawnych dla wykazania się dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu właściwą wiedzą i doświadczeniem konieczne jest udowodnienie, że wykonawca zrealizował (wykonał) określone roboty budowlane. Za niewystarczające należy uznać, jeśli wykonawca powołuje się na określone roboty budowlane, która pozostają jeszcze w trakcie realizacji. Taka zasada obowiązuje zasadniczo w odniesieniu do wszystkich zamówień za jednym wyjątkiem, tj. świadczeń o charakterze okresowym (choć bardziej poprawne określenie według art. 34 ust. 1 ustawy Pzp to: „zamówienia powtarzające się okresowo”) lub świadczeń ciągłych. Na powyższe wskazują przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.], gdzie ustawodawca wskazując na żądane przez zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, wskazał na wykaz robót budowlanych wykonanych, a nie wykonywanych, w odróżnieniu od wykazu dostaw lub usług także z zasady wykonanych, a jako wyjątek od zasady – usług czy dostaw wykonywanych w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych. O ile zatem – jako wyjątek od zasady – możliwym jest posługiwanie się w ramach spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia dostawami lub usługami będącymi w toku realizacji i to tylko w odniesieniu do wskazanego rodzaju dostaw czy usług, to w przypadku robót budow-



lanych wykonawca może posłużyć się wyłącznie robotami, które zostały w pełni wykonane (zrealizowane w ramach określonego kontraktu zawartego z podmiotem, który potwierdzi należyte wykonanie tychże robót).

### **17. Sygn. akt: KIO 1368/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.**

Ponadto, w przekonaniu Izby, doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy.” Stawianie takich warunków co do sposobu nabycia doświadczenia, jest nieuprawnione i nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, co potwierdzone zostało także w orzecznictwie (tak np. wyrok KIO 676/09 oraz KIO 33/13, 39/13, 87/17, 90/13).

### **18. Sygn. akt: KIO 1768/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt, że (...) zrealizował roboty budowlane na rzecz tego samego podmiotu, ale w oparciu o dwie odrębne umowy, powoduje, że nie jest możliwym połączenie wartości obu inwestycji celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, zgodnie z którym sam fakt realizacji inwestycji na podstawie kilku stosunków prawnych (kilku umów zawartych celem realizacji określonego zadania), nie stanowi przeszkody w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy ocenie możliwości powołania się na odrębne umowy należy ocenić czy przedmiot zamówienia wykonywany w ramach tych umów składał się na jedną funkcjonalną całość, a elementy tego przedmiotu zamówienia były ze sobą ściśle powiązane (podobnie np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 517/08).

Dla ustalenia wzajemnego powiązania zadań realizowanych w oparciu o odrębne umowy istotne znaczenie ma tożsamość przedmiotowa zamówienia (roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, funkcjonalnie powiązane), tożsamość czasowa zamówienia (zamówienia realizowane w zbliżonej perspektywie czasowej), tożsamość podmiotowa (wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę).

### **19. Sygn. akt: KIO 2152/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

Stwierdzenie zawarte w pkt 2 ww. pisma z dnia 1 października 2014 r., że w związku z realizacją usługi utrzymania technicznego 6 EZT typu 35WE zostały firmie X S.A. naliczone kary umowne nie dowodzi faktu, że usługi utrzymania były wykonywane nienależycie. W piśmie z dnia 6 października 2014 r. Y Sp. z o.o. stwierdzono, że ww. kary umowne zostały naliczone na podstawie umowy leasingu finansowego Nr (...) z dnia 18 kwietnia 2011 r. w oparciu o art. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 pkt 1, pkt 3 oraz pkt 4, zgodnie z art. 7 pkt 8 i 9 stanowiących sposób naliczania kar umownych. Nie sposób jest przyjąć w oparciu o te informacje, że usługa utrzymania została wykonana nienależycie, wbrew literalnym oświadczeniom podmiotu, na rzecz którego usługa jest wykonywana, wskazanych w pismach Y powołanych powyżej. Izba zważyła, że pismo Y z dnia 23 października 2014 r. potwierdzające jednoznacznie należyte wykonanie ww. usługi stanowi oświadczenie wiedzy tego podmiotu, podpisane przez Prezesa Zarządu Spółki, a zatem osobę w pełni umocowaną do tego rodzaju czynności. (...)

W ocenie Izby słuszne jest jednak stanowisko Odwołującego, że sformułowanie zawarte w referencjach z dnia 17 lipca 2014 r. złożonych w ofercie X S.A. „co do zasady „poprawnie” powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości przyjęcia, że dokument ten jednoznacznie potwierdza należyte wykonanie danej usługi. Wątpliwości te powinny podlegać wyjaśnieniu na etapie badania i oceny ofert. Zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – *przyp. red.*], w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. W danym stanie faktycznym zamawiający powinien był wyjaśnić treść ww. referencji, w drodze skierowania zapytania bezpośrednio do podmiotu, który wystawił referencje.

## **20. Sygn. akt: KIO 2232/14, KIO 2264/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

W ocenie składu orzekającego przedstawione okoliczności jednoznacznie pozwalają na stwierdzenie, że odwołująca skutecznie nabyła przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, tj. stanowiące zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Przepis ten został wprost powołany w umowie darowizny. Jednocześnie wobec braku odmiennych postanowień czynność mająca za przedmiot to przedsiębiorstwo objęła wszystko, co wchodziło w skład przedsiębiorstwa, w tym także związane z wiedzą i doświadczeniem. Powyższe wynika z przepisu art. 55<sup>2</sup> kodeksu cywilnego. Obdarowana zatem wraz z przedsiębiorstwem nabyła wiedzę i doświadczenie, które to wykazała na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż brak w umowie darowizny wyartykułowanych odrębnie postanowień o przejęciu doświadczenia przez nabywcę oznacza, że nabywca doświadczenia nie nabył. W konsekwencji właściciel przedsiębiorstwa może skutecznie legitymować się wymaganym doświadczeniem zarówno przez przedstawienie wykazu dostaw referencyjnych, jak i dokumentów referencji wystawionych dla firmy, która darowiznę przekazała. Tym samym odwołujący skutecznie powołał się na doświadczenie przedsiębiorstwa, którego jest właścicielem.

### **Art. 22 ust. 1 pkt 3**

## **21. Sygn. akt: KIO 1809/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

(...) Izba stwierdziła, że nie jest możliwe do przyjęcia stanowisko, które prezentował zamawiający i przystępujący, które upoważnia do legitymowania się doświadczeniem w pełnieniu określonych funkcji (stanowisk) bez posiadania ku temu stosownych uprawnień. Skoro bowiem p. (...), nie przynależał do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa, jako osoba wykonująca samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i nie był ubezpieczony, to nie może następnie powoływać się na doświadczenie wykonywania określonych funkcji, niejako wbrew prawu. Analogicznie bowiem można przyjąć, że osoba pełnoletnia, która od określonego czasu prowadzi pojazdy mechaniczne, nie posiadając ku temu uprawnień, może następnie to doświadczenie przedstawiać, jako nabyte. Istotne jest bowiem, aby doświadczenie było nabyte w zgodzie z posiadanymi uprawnieniami, aby mogło ono być następnie prezentowane i akceptowane.

## **22. Sygn. akt: KIO 2086/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r.**

Należy także uznać, że wybrany wykonawca potwierdził dysponowanie wymaganym sprzętem, w tym kwestionowaną śmieciarką, co do której wykonawca wskazał jako podstawę dysponowania umowę najmu tego sprzętu. Skład orzekający stwierdza, że wykazanie takiej okoliczności jest prawidłowe i wystarczające. Dysponowanie urządzeniem na innej podstawie

niż prawo własności, tj. w tym wypadku najem, jest uprawnione i brak jest podstaw do użycia tego dysponowania z korzystaniem z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

### **Art. 22 ust. 1 pkt 4**

#### **23. Sygn. akt: KIO 1705/14, Wyrok KIO z dnia 2 września 2014 r.**

Trafnie Zamawiający uznał, że dokument w postaci opinii bankowej z dnia 29 maja 2014 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było wykazanie się środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową na kwotę co najmniej 256 000 zł. Podkreślenia bowiem wymaga, że możliwość posłużenia się zdolnością kredytową oznacza konieczność posiadania zbadanej przez bank możliwości uzyskania kredytu na wymaganą wysokość. Ze złożonej opinii banku wynika, że w nieokreślonej przeszłości bank zbadał zdolność kredytową Odwołującego, skutkiem czego jest udzielony mu kredyt obrotowy na łączną wysokość 5 800 000 zł, z czego jednak część jest wykorzystana, tak, że aktualnie, na dzień wystawienia zaświadczenia wykonawca może skorzystać tylko z kwoty 146.025,48 zł. Z treści dokumentu składanego w celu wykazania zdolności finansowej winno wynikać, że wykonawca na moment najpóźniej o 3 miesiące poprzedzający termin składania ofert dysponuje zdolnością kredytową na określoną w SIWZ wysokość. Oznacza to możliwość dysponowania w pełni kredytem w wymaganej wysokości. Fakt wykorzystania określonej części kredytu oznacza, że o tyle mniejsza jest zdolność kredytowa danego wykonawcy, o ile wykorzystana część kredytu pomniejsza pierwotnie przyznany kredyt. Wykonawca nie potwierdził więc zdolności kredytowej na wymaganą kwotę, to jest na 256 000 zł. Nie sposób też uznać, że powinna być tu brana pod uwagę historyczna zdolność kredytowa z nieznanego momentu przyznania wykonawcy kredytu obrotowego. Przypomnienia wymaga, że w świetle § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. 2013, poz. 231], dokument potwierdzający zdolność kredytową musi być wystawiony nie dawniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, w tym więc okresie powinno także mieć miejsce badanie zdolności kredytowej.

#### **24. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.**

(...) Zamawiający w pkt 7.1.1 ppkt 2 SIWZ dokonał opisu wskazanego warunku udziału w postępowaniu, poprzez żądanie wykazania się przez wykonawców ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o sumie gwarancyjnej nie mniejszej niż 700 000 zł. Zgodnie z pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w wysokości 700 000 zł. Przystępujący do swojej oferty załączył polisę OC wystawioną przez (...) Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (seria (...)), wskazującą na odpowiedzialność cywilną deliktową i kontraktową na łączną sumę gwarancyjną ubezpieczenia: 5 000 000 zł. W polisie tej wskazuje się też szczegółowo na podlimity w ramach sumy gwarancyjnej z tytułu wyspecyfikowanych szczególnych ryzyk dodatkowych, w tym m.in. OC za szkody wyrządzone w mieniu przyjętym w celu wykonania usługi na kwotę gwarancyjną 250 000 zł (poz. 9), OC za szkody osobowe wynikające z zatruc pokarmowych, OC za szkody osobowe wynikające z zatruc pokarmowych z rozszerzeniem odpowiedzialności na skutek zatruc pokarmowych przenoszonych drogą zakaźną – sublimit 2 000 000 zł na wszystkie i jedno zdarzenie z kwotą gwarancyjną: 3 000 000 zł (poz. 10). Odwołujący wywodzi, że polisa swym zakresem, z racji ograniczenia odpowiedzialności za szkody w mieniu przyjętym w celu wykonywania usługi do

kwoty 250 000 zł, wobec nie objęcia polisą działalności związanej z dzierżawą pomieszczeń kuchni i wyposażenia, nie potwierdza spełniania opisu warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) dokumentem żądanym na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowo-ekonomicznej, tj. dysponowania przez wykonawcę określonym ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, jest przede wszystkim polisa, która ma potwierdzać to ubezpieczenie. Przywołany przepis wskazuje, że ma to być ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia.

Niewątpliwie przywołany powyżej zakres odpowiedzialności, określony w polisie przedłożonej przez Przystępującego, wiąże się z prowadzoną przez niego działalnością (m.in. działalność usługowa związana z wyżywieniem dział 3 rubryka 1 pkt 1 ppkt 43 KRS spółki X) i jest związana z przedmiotem zamówienia (pkt 3.1. SIWZ – przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na całodobowym żywieniu pacjentów i dystrybucji posiłków u Zamawiającego). W tym zakresie należy stwierdzić, że usługa żywienia pacjentów jest zasadniczą częścią opisu przedmiotu zamówienia i wykazany w tym przedmiocie związek ubezpieczenia z zakresem przedmiotu zamówienia jest, zdaniem Izby, w zupełności wystarczający. Podkreślić należy, że wskazane przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wymagają, aby zakres ubezpieczenia w pełni pokrywał zakres przedmiotu zamówienia, co do wszystkich jego elementów. W takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia z tożsamością wymaganego ubezpieczenia z przedmiotem zamówienia, a nie związkiem, o którym mowa w przywołanym przepisie. Odróżnić bowiem należy wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wymagane przez zamawiających dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli potwierdzenia potencjalnych możliwości, w tym przypadku finansowych i ekonomicznych wykonawcy – do realizacji przedmiotu zamówienia od ubezpieczenia danego kontraktu. Taki wymóg (ubezpieczenie kontraktu) Zamawiający może określić odrębnie, niezależnie od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dla wykonawcy, któremu udzieli danego zamówienia. Odwołujący, stawiając zarzut w tym przedmiocie i wykazując, że zakresem polisy przedłożonej przez Przystępującego nie jest objęta część przedmiotu zamówienia polegająca na dzierżawie pomieszczeń kuchennych, zdaje się nie rozróżniać tych dwóch rodzajów wymogów – pierwszego o charakterze podmiotowym, służącym ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, i drugiego – o charakterze przedmiotowym, odnoszącym się do sposobu spełnianie świadczenia.

## **25. Sygn. akt: KIO 2467/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.**

Odwołujący podnosił, że wyłączenie w ramach ubezpieczenia, m.in. roszczeń z tytułu rażącego naruszenia prawa oraz roszczeń podlegających przepisom prawa geologiczno-górniczego, a także w zakresie OC z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, może oznaczać, że wykonawca nie jest w ogóle zdolny do ubezpieczenia swojej działalności obejmującej istotną część prowadzonej działalności gospodarczej.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Zgodnie z treścią przedłożonej polisy, ubezpieczeniem została objęta „działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie”. Jest to działalność wymieniona w PKD 09.90.Z. Sekcja ta obejmuje:

- górnictwo/wydobywanie podziemne, odkrywkowe lub za pomocą odwiertów, kopalni występujących w naturze jako ciała stałe (węgiel i rudy), ciekłe (ropa naftowa) lub gazowe (gaz ziemny),

- działalność pomocniczą związaną z przygotowaniem kopaliny do sprzedaży, np.: kruszenie, mielenie, oczyszczanie, suszenie, sortowanie, odsalanie, brykietowanie, wzbogacanie oraz działalność związaną z eksploatacją ropy naftowej i gazu ziemnego. Czynności te wykonywane są zarówno przez jednostki, które wydobywają dany surowiec i/lub jednostki zlokalizowane w pobliżu miejsca ich wydobycia,
- magazynowanie substancji i składowanie odpadów w górotworze, włączając podziemne wyrobiska górnicze.

Sekcja ta dzieli się na działy, grupy, klasy i podklasy z punktu widzenia wydobywanej kopaliny. Działy 05, 06 dotyczą wydobywania węgla kamiennego, węgla brunatnego (lignitu) i torfu, górnictwa ropy naftowej i gazu ziemnego; działy 07, 08 obejmują górnictwo rud metali i pozostałych kopaliny oraz wydobywanie kamienia. Niektóre czynności techniczne, sklasyfikowane w tej Sekcji, zwłaszcza związane z górnictwem ropy naftowej i gazu ziemnego, mogą być wykonywane na zlecenie przez wyspecjalizowane jednostki prowadzące produkcyjną działalność usługową, sklasyfikowaną w odpowiednich podklasach działu 09.

Powyższą działalność należy uznać za związaną z przedmiotem zamówienia w postępowaniu w niniejszej sprawie – w stopniu wystarczającym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazana działalność obejmuje usługi, których charakter jest związany z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że zamawiający nie może w ramach warunku udziału żądać wykazania się przez wykonawcę ubezpieczeniem działalności odpowiadającej dokładnie przedmiotowi zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji potencjału wykonawcy, m.in. w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, do wykonania zamówienia. Wymaganie posiadania ubezpieczenia nie służy natomiast wprost zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem danej umowy. Zgodnie z postanowieniem zawartym w części XVII pkt 3 SIWZ, „warunkiem zawarcia umowy jest posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi umowy”. Przedmiot umowy został określony w § 2 wzoru umowy i dotyczy wykonania konkretnych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Zatem, dopiero na etapie przed podpisaniem umowy stosowne ubezpieczenie na potrzeby tego postępowania musi być przez wykonawcę zawarte.

## **26. Sygn. akt: KIO 2452/14, KIO 2473/14, KIO 2474/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r.**

W przedmiotowej sprawie zagadnieniem prawnym wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Odwołujący spełniał postawiony przez Zamawiającego warunek podmiotowy dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) poprzez wykazanie się posiadaniem opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Według zapytowania Izby Odwołujący w wyniku wezwania uzupełnił w sposób prawidłowy, wymagane przez Zamawiającego dokumenty poprzez złożenie certyfikatu wystawionego przez Ubezpieczyciela w dniu 22 lipca 2014 r., potwierdzającego posiadanie polisy OC, która zawierała elementy wymienione w art. 141 cyt. wyżej ustawy o działalności ubezpieczeniowej [ustawa z dnia 22 maja 2003 r. (Dz. U. t.j. z 2013 r., poz. 950 ze zm.) – *przyp. red.*]. Należy przy tym wskazać, że numer certyfikatu i polisy były ze sobą tożsame.

Jednocześnie Izba ustaliła, że do powyższej polisy zostało wydane zaświadczenie potwierdzające jej opłacenie. W oparciu o powyższe Izba zatem uznała, że przedmiotowy certyfikat stanowi inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w rozumieniu przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 cyt. wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów [rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać



zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.]. Jeżeli więc Odwołujący przed dniem złożenia wniosku był objęty umową ubezpieczeniową na kwotę nie mniejszą niż 15.000.000,00 PLN zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, co wynika z certyfikatu odnoszącego się do polisy, to nie sposób przyjąć, że nie spełniał on warunku podmiotowego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczność spisania polisy w okresie późniejszym niż nawiązanie stosunku prawnego umowy ubezpieczenia OC – w ocenie Izby – nie stanowi przeszkody do możliwości zakwalifikowania złożonego przez Odwołującego certyfikatu, jako innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

### **27. Sygn. akt: KIO 2585/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r.**

Odwołujący zarzucił, że w informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy [wystawioną we właściwym terminie – nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert], zgodnie z sekcją III.2.2 ogłoszenia i rozdz. V ust. 1 pkt 4 SIWZ, bank stwierdził, że udzielając kredytu będzie sprawdzał wykonawcę (...) [przystępującego], jak jednostkę samorządu terytorialnego (jst). Odwołujący podkreślił, że zabezpieczenie kredytu w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego (jst) jest inaczej traktowane, niż do innych kredytobiorców, a wykonawca (...) [przystępujący] nie jest jednostką samorządu terytorialnego (jst), dlatego nie będzie mógł uzyskać kredytu na takich warunkach.

Skład orzekający Izby stwierdza, że to od polityki banku zależy jak będzie badał podmiot przed udzieleniem kredytu. Jeżeli z jakichkolwiek powodów bank będzie stosować szczególne procedury do wykonawcy (...) [przystępującego] i bank oświadczył to w takim dokumencie jak przedmiotowa informacja o zdolności kredytowej, to nie może taka informacja być podważana, jako niespełniająca warunku zamawiającego. Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej postawionego zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej«.

### **28. Sygn. akt: KIO 2636/14, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2014 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut, że Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania za niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy – wymagającego osiągnięcia w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, rocznego obrotu w wysokości nie mniejszej niż 2 mln zł – gdyż Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący prowadził działalność gospodarczą w 2012 r. Stanowisko Zamawiającego zajęte w uzasadnieniu wykluczenia i odpowiedzi na odwołanie świadczy o tym, że – co do zasady – dopuszczał on możliwość zaistnienia sytuacji, że wykonawca, choć formalnie istniał jako podmiot praw i obowiązków, nie prowadził działalności gospodarczej, czyli, że znaczenie ma nie tyle data zarejestrowania podmiotu, a to, czy faktycznie prowadził on w danym okresie działalność gospodarczą. Stanowisko takie jest słuszne i jest szeroko prezentowane w orzecznictwie sądów powszechnych i administracyjnych, a także Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących ubezpieczeń społecznych i podatków. (...)

Jak się okazało na rozprawie Zamawiający mógł nawet samodzielnie uzyskać potwierdzenie wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający po wniesieniu odwołania zapoznał się ze sprawozdaniem finansowym (...) sp. z o.o. S.K.A. za 2012 r., które jednak błędnie zinterpretował jako potwierdzające prowadzenie działalności gospodarczej w tym roku. Zamawiający ogra-

niczył się do powołania się na wyrwane z kontekstu informacji dodatkowej sformułowania, w których padają słowa „działalność” lub „działalność gospodarcza”, ignorując dane wynikające z bilansu aktywów i pasywów oraz rachunku zysku i strat. Podobnie Przystępujący błędnie uznał sam fakt sporządzenia sprawozdania finansowego, bez jakiegokolwiek odniesienia się do jego zawartości, za potwierdzenie faktu prowadzenia działalności. Tymczasem ze sprawozdania finansowego, w tym informacji dodatkowej rozpatrywanej całościowo i w powiązaniu z danymi liczbowymi bilansu i rachunku zysku i strat, jednoznacznie wynika, że w 2012 r. Odwołujący nie prowadził żadnej zarobkowej działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej czy usługowej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły. Od zawiązania spółka jedynie wynajęła powierzchnię na cele planowanej działalności gospodarczej, co znalazło odbicie w stosowanych rubrykach sprawozdania finansowego, gdyż wygenerowało to określony koszt, a w rezultacie wykazaną stratę. Żadnych innych kosztów działalności operacyjnej nie poniesiono, w tym amortyzacji, zużycia materiałów, wynagrodzeń, ubezpieczeń społecznych i innych świadczeń, wartości sprzedanych towarów i materiałów. Nie osiągnięto również żadnych przychodów ze sprzedaży produktów, towarów czy materiałów, gdyż nie było żadnej sprzedaży, ani zmiany stanu produktów, gdyż nic również nie wytworzono.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że – wbrew temu, co wynika z danych zawartych w sprawozdaniu finansowym – w 2012 r. Odwołujący prowadził jakiegokolwiek działania zmierzające do uzyskania przychodu czy miał przerwę w wykonywaniu działalności związanej z oczekiwaniem na kolejne zamówienie lub poszukiwaniem takich zamówień. Umknęło natomiast uwadze Zamawiającemu, że ponieważ w 2012 r. Spółka w ogóle nie rozpoczęła prowadzenia działalności gospodarczej, nieadekwatne są przywołane w odpowiedzi na odwołanie tezy z uzasadnień wyroków. Orzeczenia te zapadły na tle zupełnie odmiennych stanów faktycznych dotyczących nadużywania formalnego zgłoszenia zwieszenia działalności gospodarczej w tego typu okresach w celu uniknięcia obowiązku ponoszenia danin publicznoprawnych.

Warto zauważyć, że, co do zasady, rzeczywiście nie mają znaczenia dla okresu za jaki wykonawca jest obowiązany wykazać spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, zmiany firmy pod jaką działał, czy nawet zmiany przedmiotu prowadzonej działalności. Tego typu argumentacja Odwołującego w pierwszych wyjaśnieniach mogła rzeczywiście wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Jednakże w drugich wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na fakt, że nie prowadził działalności gospodarczej w 2012 r. Przede wszystkim w okolicznościach tej sprawy dopiero po zmianach, które zaszły u Odwołującego na początku 2013 r. w wyniku sprzedaży wszystkich akcji, a także zbycia wszystkich udziałów komplementariusza, co spowodowało zmianę statutu, w tym zmianę firmy i przedmiotu działalności, Spółka faktycznie rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej.

Z uwagi na powyższe bez znaczenia dla sprawy okazał się toczony równoległe spór o to, czy za rok obrotowy można uznać także okres krótszy niż kolejnych 12 miesięcy kalendarzowy. Jak trafnie podniósł Przystępujący spór ten rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z 24 kwietnia (sygn. akt III CZP 15.2014; LEX nr 1463799): Jeżeli w umowie spółki postanowiono, że rokiem obrotowym jest rok kalendarzowy, a spółka rozpoczęła działalność w pierwszej połowie roku, jej pierwszym rocznym sprawozdaniem finansowym podlegającym wpisowi do rejestru na podstawie art. 40 pkt 2 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1203 z późn. zm.) jest sprawozdanie obejmujące okres od dnia rozpoczęcia przez nią działalności do końca roku kalendarzowego. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle definicji zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości zasadą jest rok obrotowy trwający kolejne 12 miesięcy. Jednakże z definicji tej wynikają zarówno wyjątek, że rok obrotowy może być dłuższy niż 12 miesięcy (jeżeli nastąpiła zmiana roku obrotowego określonego w umowie lub statucie, a także jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie przyjętego jako rok obrotowy roku kalendarzowego i wybrał możliwość połączenia okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem

obrotowym), jak i krótszy niż 12 miesięcy – jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie roku kalendarzowego przyjętego jako rok obrotowy i nie połączył okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem obrotowym. Dla Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że drugim wyjątkiem krótszego niż 12 miesięcy roku obrotowego, choć wprost nie uregulowanym w tym przepisie, jest sytuacja, gdy przedsiębiorca rozpoczął działalność w pierwszej połowie roku kalendarzowego, przyjętego jako rok obrotowy. W takim przypadku pierwszym rokiem obrotowym jest okres od dnia rozpoczęcia działalności do ostatniego dnia roku, w którym działalność została rozpoczęta. Przy czym Sąd Najwyższy powołał się również na spójność tego rozwiązania z art. 8 ust. 1 i 2 u.p.d.o.p. [ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 851 ze zm.) – przyp. red.]. Orzeczenie to jest aprobowane w piśmiennictwie, choć zwraca się jednocześnie uwagę, że chodzi tu o pierwszy, niepełny rok obrotowy(...).

#### Art. 22 ust. 4

#### 29. Sygn. akt: KIO 1339/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.

W ocenie Izby nie można zastąpić opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu postanowieniem, które zostało zamieszczone jako element opisu przedmiotu zamówienia, i to wyłącznie w treści s.i.w.z. Z porównania art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania stanowi obligatoryjny element zarówno s.i.w.z., jak i ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji uznanie za obowiązujący warunku, który nie został ujawniony w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp, oznaczałoby, że postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest poważną wadą. Brak opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu, czy też swoiste ukrycie go w s.i.w.z. pod przebraniem tzw. warunku przedmiotowego {według terminologii Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie}, w oczywisty sposób stanowi naruszenie powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Z kolei z art. 26 ust. 2a Pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania warunków udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, co oznacza w szczególności konieczność wskazania przez zamawiającego w s.i.w.z., zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wykazu żądanych dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu, przy braku skonkretyzowania jakiegokolwiek warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający nie zażądał takich dokumentów, w szczególności wykazu dostępnych wykonawcy na terenie J. placówek bankowych czy wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, czyli dokumentów, które mieściłyby się w katalogu dokumentów określonych w § 1 ust. 1 {odpowiednio w pkt 4 i 7} rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

#### 30. Sygn. akt: KIO 1242/14, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2014 r.

(...) przedmiotem zamówienia jest dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81. Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wagony metra serii 81 – to wagony, do których produkcji użyte zostały części produkcji rosyjskiej. Tym samym użyty przez zamawiającego opis spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wskazujący na obowiązek wykazania się przez wykonawców doświadczeniem, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali dostawy na teren Unii Europejskiej, części zamiennych



do taboru metra produkcji rosyjskiej, pozostaje w sprzeczności z wymogami przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

O ile sam fakt wykazania się doświadczeniem przy dostawie części zamiennych do taboru metra produkcji rosyjskiej nie budzi wątpliwości, o tyle wymóg wykazania się dostawami na teren Unii Europejskiej budzi zastrzeżenia u Izby. Wskazać bowiem należy, że określenie regionu gospodarczego, dla którego doświadczeniem w dostawach musi wykazać się wykonawca nie może się ostać. Jakież bowiem znaczenie dla zdobycia doświadczenia ma okoliczność, że części dla określonego typu wagonów metra, określonej produkcji, dostarczane były na teren Unii Europejskiej. Wykonawca może bowiem posiadać doświadczenie w dostarczaniu określonego typu części zamiennych do innych krajów (państw) nie wchodzących w skład Unii Europejskiej (np. Ukraina), i zakwalifikowanie tego rodzaju doświadczenia nie może stawiać takiego wykonawcy w sytuacji podmiotowo niekorzystnej w odniesieniu do innych wykonawców. Tym bardziej, że rynek potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie jest ograniczony do dwóch, trzech podmiotów.

### **31. Sygn. akt: KIO 1608/14, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r.**

(...) w świetle przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem zamawiający w opisie zamówienia dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, to tym samym sam warunek, opis sposobu dokonywania oceny jego spełniania powinien również dopuszczać możliwość wykazania się doświadczeniem w rozwiązaniach równoważnych. Przeciwnie stanowisko prowadziłoby do uznania za prawidłowe takiego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który jest inny, odmienny od opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby sytuacja taka jest niedopuszczalna. Zamawiający nie może bowiem w oderwaniu od faktycznego zapotrzebowania (opisu zamówienia) formułować treści warunków udziału w postępowaniu w sposób, który *de facto* powoduje, iż wymagane doświadczenie odbiegało będzie od przedmiotu, który będzie przedmiotem dostawy czy usługi. W konsekwencji może zachodzić sytuacja, iż wykonawcy mając obowiązek wykazania się doświadczeniem w realizacji określonego rozwiązania, już przy składaniu oferty, a następnie realizacji przedmiotu umowy mogą stosować rozwiązanie równoważne, co do których nie musieli/nie mogli wykazać się wiedzą i doświadczeniem, przez co zamawiający także nie miał możliwości zweryfikowania doświadczenia tego wykonawcy w tym zakresie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt KIO 2424/13, wraz z powołanym tam orzecnictwem).

W niniejszej sprawie należało w konsekwencji uznać, że warunek udziału w postępowaniu określony w Sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz sposób dokonania oceny jego spełnienia nie został w sposób należyty powiązany z przedmiotem zamówienia. Ponadto, wprowadzony przez Zamawiającego warunek, skutkujący wyłączeniem możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawców dysponujących wiedzą i doświadczeniem w realizacji rozwiązania równoważnego, które to rozwiązanie zostało jednocześnie dopuszczone w opisie zamówienia, powoduje eliminację z postępowania tych wykonawców, którzy mogą zaferować, a także wykonać zamówienie w sposób dopuszczony i akceptowany przez Zamawiającego – co w rezultacie należało uznać za naruszenie obowiązku zachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

### **32. Sygn. akt: KIO 1726/14, Wyrok KIO z dnia 3 września 2014 r.**

Sformułowany w rozdziale V SIWZ wymóg dotyczący doświadczenia w wykonaniu minimum 1 głównej dostawy odpowiadającej rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia jest niewątpliwie związany z przedmiotem zamówienia. Z powyższego opisu wynika,

że zamawiający nie żąda wykazania dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia, tj. dostawy obejmującej konkretne, opisane od strony technicznej i funkcjonalnej kontenerowe elektrownie polowe. Określenie, iż „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”, nie oznacza wymagania, aby dostawy były wykonane na rzecz wojska. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż przeznaczenie i funkcję tożsamą z przedmiotem zamówienia należy rozumieć jako przeznaczenie i funkcję wojskową, a zatem, że dostawy powinny być wykonane do celów wojskowych. Sam odwołujący podnosił, że z technicznego punktu widzenia agregaty przeznaczone dla celów wojskowych i cywilnych są tożsame, a różni je wyłącznie fakt nadania deklaracji Obronności i Bezpieczeństwa. Odwołujący wskazywał, że system pracy równoległej-synchronicznej zespołów prądotwórczych – ZSE (zespół spalinowo-elektryczny), z technicznego punktu widzenia, zbudowany jest identycznie tak dla potrzeb cywilnych, jak i wojskowych. Każdy z zespołów prądotwórczych umieszczonych w osobnych kontenerach wyposażony jest w panel sterowania umożliwiający tak pracę samodzielną jak i synchroniczną z innymi zespołami prądotwórczymi. Tzw. KEP (Kontenerowa Elektrownia Polowa) jest niczym innym jak systemem pracy równoległej zespołów prądotwórczych umieszczonych w osobnych kontenerach, wyposażonych w rozdzielnię elektryczną zabudowaną w osobnym kontenerze. Skoro zamawiający nie podał w SIWZ szczególnego znaczenia pojęć „przeznaczenie” i „funkcja” to należy je rozumieć w znaczeniu szerokim, powszechnie używanym, a zatem przeznaczeniem przedmiotu zamówienia jest zasilanie w energię elektryczną, a funkcją tych urządzeń jest praca w warunkach tzw. polowych, niezależnie od rodzaju podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana. Opis warunku doświadczenia nie wskazuje zatem na dostawy wykonane na rzecz wojska, a tym samym, nie można uznać, że zamawiający preferuje wykonawców, którzy wykonali w przeszłości dostawy na rzecz wojska, w tym np. wykonawcę (...).

W tych okolicznościach zamawiający żąda tym samym wykazania dostawy o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, umożliwiając udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wykonawcom, którzy wykonali dostawy urządzeń na rzecz podmiotów wojskowych, jak i cywilnych, określonej wartości oraz przeznaczonych do zasilania energią i funkcjonujące w warunkach, tzw. polowych. Fakt, że na rynku krajowym dostawy o tak wysokiej wartości nie są realizowane powszechnie, nie dowodzi twierdzenia, że warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, przy tak specjalistycznych zamówieniach należy brać pod uwagę europejski rynek wykonawców.

Ponadto, wymóg wykazania dostawy o wartości min. 2 400 000,00 zł należy uznać, za proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Wymagana wartość zrealizowanej dostawy została określona na poziomie ok. 35% wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia podstawowego. Nie można zgodzić się z odwołującym, że jest to wartość przekraczająca wartość dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia. Nie jest to także wartość wygórowana. Proponowana przez odwołującego wartość dostawy w kwocie 1 000 000,00 zł, przy wartości zamówienia stanowiącej 7 400 000,00 zł byłaby nieproporcjonalnie niska i stwarzałyby ryzyko, że wykonawca, którego doświadczenie obejmuje jedną dostawę o wartości 1 000 000,00 zł, nie będzie w stanie prawidłowo zrealizować siedmiokrotnie większego zamówienia w sposób należyty. Zauważyc również należy, że odwołujący powoływał się na wartość „pojedynczej dostawy”, tymczasem warunek doświadczenia, w tym wartość zrealizowanych dostaw należy odnosić do wartości całego przedmiotu zamówienia.

### **33. Sygn. akt: KIO 1754/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

Podkreślenia wymaga, że – po pierwsze – warunek udziału w postępowaniu nie obejmuje wymagania, aby roboty, którymi wykazuje się wykonawca nie były prototypowe. Oznacza

to tyle, że wykonawcy mieli swobodę w zakresie posłużenia się zadaniami wykazywanymi w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zarówno jeśli chodzi o zadania prototypowe, jak i nie mające takiego charakteru. Próba rozciągnięcia charakterystyki stawianej wobec opisu przedmiotu zamówienia na treść stawianego warunku udziału w postępowaniu, stanowiłaby w sposób nieuprawniony i wykraczający poza brzmienie SIWZ traktujące o tym warunku, stawianie wymagania, które nie znalazło wyrazu w SIWZ. Nie ma w tej mierze znaczenia, jakim celom służyło takie wymaganie i jakie intencje przyświecały w tym zakresie Zamawiającemu – te kwestie dotyczą kształtu SIWZ i na stawianie ewentualnych postulatów co do jej treści obecnie jest za późno. Stąd nie ma jakiegokolwiek znaczenia, jaki jest sens i cel tak opisanego wymagania, w tym na ile odnosi się ono do przedmiotu zamówienia. Motywacja, która powodowała wprowadzeniem takich lub innych postanowień SIWZ może być bowiem rozpatrywana na etapie kształtowania SIWZ; rozważana przez pryzmat prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i właściwego ujęcia w nim potrzeb Zamawiającego, nie zaś gdy mamy do czynienia z etapem oceny ofert, kiedy ocena ta winna sprowadzać się do odczytania postawionych w SIWZ wymagań i porównania zawartych w ofercie oświadczeń z ich treścią. Przedmiotem oceny po złożeniu ofert mogą być bowiem jedynie wyartykułowane w SIWZ wymagania i skonfrontowana z ich brzmieniem zawartość złożonych ofert, a nie okoliczności odnoszące się do sfery motywacyjnej Zamawiającego. (...)

Po drugie, warunek udziału w postępowaniu może być szerszy niż opis zadania, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, na co pozwala art. 22 ust. 4 ustawy i co znajduje uzasadnienie w ogólnej zasadzie, że zamawiający w konkretnej sytuacji może uznać, że dla zbadania wiedzy i doświadczenia, a tym samym dla zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia wystarczające jest doświadczenie w realizacji zadań o charakterze bardziej ogólnym, różnorodnym, uniwersalnym niż to, które jest przedmiotem zamówienia. Wszak zasadą jest, że wymaganie doświadczenia identycznego jak zadanie będące przedmiotem zamówienia, uznawane jest za nieadekwatne i nadmiernie restrykcyjne. Warunek udziału w postępowaniu powinien być tak skonstruowany, by przy jak najmniej uciążliwym wymaganiu, zapewnić bezpieczną i niezakłóconą realizację zamówienia. Ten cel w konkretnym postępowaniu może realizować postawienie warunku bardziej elastycznego, obejmującego zadanie szersze, bardziej uniwersalne, aniżeli to, które jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to więc, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, nie musi odnosić się do identycznych zadań, jakie są przedmiotem postępowania, a jedynie ma być związany z przedmiotem zamówienia i adekwatny dla celu zbadania zdolności wykonania zamówienia.

#### **34. Sygn. akt: KIO 1784/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.**

Nie istnieje generalny zakaz formułowania warunku w sposób tożsamy z przedmiotem zamówienia, niemniej jednak ustawodawca wymaga zachowania w tej materii proporcjonalności. W określonych okolicznościach, np. w odniesieniu do usług czy dostaw o powszechnym, nieskomplikowanym charakterze, tożsamość określonych parametrów przewidzianych w ramach warunku wiedzy i doświadczenia z parametrami przedmiotu zamówienia, może odpowiadać dyrektywie proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp, zwłaszcza, gdy źródłem proporcjonalności jest zachowanie odpowiedniego stosunku ilości wykonanych usług czy dostaw do zakresu przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, argumenty Zamawiającego, iż wymóg ograniczył do jednej dostawy i montażu przenośnika nie mogły zostać uznane za istotne, zwłaszcza, gdy przedmiot zamówienia także dotyczy zakupu jednego przenośnika. Zrównanie parametru szerokości taśmy przenośnika z warunku wiedzy i do-

świadczenia z parametrem szerokości taśmy zamawianego przenośnika, trudno uznać za odpowiadające zasadzie proporcjonalności, także gdy weźmie się pod uwagę wskazaną wcześniej specyfikę rynku sprzedaży tych przenośników. Proporcjonalność w tym przypadku powinna odnosić się bardziej do charakterystyki przedmiotu zamówienia, do tych elementów i jego cech, które pozwolą uznać, że wykonawca posiadający doświadczenie o zbliżonym zakresie będzie w stanie wykonać także przedmiot niniejszego zamówienia. W toku postępowania Zamawiający nie kwestionował, że przenośniki o szerokości taśmy 1000 mm, w przypadku odpowiedniej ich długości oraz odpowiedniej mocy napędu, należą do przenośników ciężkich, a więc zbliżonych do przedmiotu zamówienia.

### **35. Sygn. akt: KIO 2495/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.**

(...) przypomnienia wymaga, że czymś zupełnie innym, służącym innym celom, jest opisywanie przez zamawiającego sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, a czym innym opisywanie przez zamawiającego wymogów, jakie spełniać ma oczekiwany przedmiot zamówienia. W swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, iż opis sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia nie może polegać na nakładaniu na wykonawców obowiązku wykazywania się doświadczeniem w realizacji usług tożsamych z przedmiotem zamówienia, ponieważ prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tego choćby względu niedopuszczalnym jest przenoszenie wymogów co do przedmiotu zamówienia na wymogi co do wymogów podmiotowych odnoszących się do uprzednio wykonywanych przez wykonawców usług.

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

### **36. Sygn. akt: KIO 1674/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r.**

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie nie dotyczy statusu spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie dotyczy również rodzaju dokumentów, jakie powinny być złożone przez wykonawców działających w formie spółki cywilnej. Odwołujący i zamawiający prezentują spójne stanowisko, że obaj wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia Piotr R. i Krzysztof S. działający w formie spółki cywilnej zobowiązani byli złożyć oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz informację o przynależności do grupy kapitałowej dotyczące każdego z tych wykonawców z osobna. Przedmiotem sporu jest prawidłowość złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia oraz informacji o przynależności do grupy kapitałowej.

Izba zważyła, iż spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcami są wspólnicy prowadzący działalność gospodarczą. Stosownie do art. 860 kc spółka cywilna jest stosunkiem prawnozobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. W obrocie prawnym występują zatem wspólnicy spółki cywilnej, a sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków. W konsekwencji, oświadczenie woli, jakim jest oferta, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że podpisy pod spornymi oświadczeniami złożyli pan Piotr R. i pan Krzysztof S. – każdy z nich odrębnie jako właściciele prowadzący działalność gospodarczą. Na powyższe wskazuje nie tylko fakt, iż wykonawcy złożyli osobno stosowne oświadczenia, ale również okoliczność, iż pierwotnie zostały złożone wspólne oświadczenia, następnie zaś każdy z nich odrębnie podpisał wymagane przez zamawiającego dokumen-

ty. Wskazywana przez zamawiającego okoliczność, iż w oświadczeniach znalazła się treść, iż pan Piotr R. i pan Krzysztof S. działają w imieniu i na rzecz (...) s.c. Piotr R., Krzysztof S. nie może wpływać negatywnie na sytuację odwołującego w postępowaniu – Izba stwierdziła, że ze względu na okoliczność, iż ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyli wykonawcy jako spółka cywilna, ww. treść nie stanowi o wadzie oświadczeń. Wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu wypełnienia spornych dokumentów w opisany powyżej sposób byłoby zbyt daleko idącym formalizmem i byłoby niezgodne z wytycznymi co do wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 kc.

### **37. Sygn. akt: KIO 1897/14, KIO 1899/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

W świetle stanowiska prezentowanego przez Odwołującego należałoby właściwie przyjąć, iż zakazane jest każde wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia – dopóki wykonawcy nie udowodnią, że nie działali w sposób opisany w ww. przepisie. Każde konsorcjum startujące w przetargu polega bowiem na uzgadnianiu zakresu prac, ceny oraz innych warunków podziału zadań – inaczej pozbawione byłoby sensu.

Izba odwraca powyższy temat: w przetargach publicznych, w świetle art. 23 ust. 1 Pzp oraz wynikającej z art. 353<sup>1</sup> K.c. zasady swobody umów, wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest co do zasady zawsze dopuszczalne – dopóki nie zostanie udowodnione, że wykonawcy działali w celu lub ze skutkiem ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. W świetle przywoływanych przepisów zakazane jest ograniczanie konkurencji, jej eliminowanie lub naruszanie w inny sposób na rynku właściwym. Z powyższego nie wynika, w szczególności *a contrario*, żaden nakaz maksymalizowania konkurencji przez wykonawców działających na danym rynku. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mogą więc według swojego uznania tworzyć konsorcja w dowolnej konfiguracji i według własnej oceny swoich potrzeb gospodarczych, a ich dopuszczalność nie ogranicza się bynajmniej jedynie do przypadku, w którym wszyscy współkonsorcjanci nie mogą samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu). Chociaż oczywiście tego typu przypadek (niemożliwość samodzielnego ubiegania się o zamówienie przez poszczególnych konsorcjantów) z góry wyklucza możliwość stwierdzenia naruszenia konkurencji przez zawiązanie takiego konsorcjum. Jak już wskazano powyżej, dla orzeczenia bezprawności utworzenia konsorcjum, jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji, należy ustalić i stwierdzić, iż jego zawiązanie i złożenie przezeń oferty, miało cel lub skutek polegający na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ponadto należy ustalić i stwierdzić, iż rzeczone ograniczenie było realne i wymierne.

Tymczasem w rozpatrywanym przypadku brak jakichkolwiek przesłanek i „poszlak” dla przyjęcia, iż zawiązanie konsorcjum pomiędzy spółkami X i Y miało jakikolwiek znaczący wpływ na konkurencję na rynku właściwym, w tym, że taki był jego cel, a tym bardziej skutek. Przedmiotowe zamówienie skierowane było do nieograniczonego kręgu wykonawców i do bardzo szerokiego rynku, na którym działają liczne firmy polskie i zagraniczne. Potwierdzeniem jego konkurencyjności jest znacznie przekraczająca rynkową średnią, liczba ofert, które uzyskał Zamawiający (7 ofert). W tym kontekście, zawiązanie przez X i Y konsorcjum dla ubiegania się o przedmiotowe zamówienie miało niewielki wpływ na konkurencję na rynku właściwym i nie stanowiło jej naruszenia. W szczególności nie wykazuje podobieństw do rynku odpadów komunalnych w B. zbadanego przez Prezesa UOKiK w ramach decyzji RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r. powoływanej przez Odwołującego.

W związku z powyższym, ustalanie okoliczności związanych z oceną czy ww. członkowie konsorcjum mogli samodzielnie złożyć oferty, uznano za pozbawione znaczenia w sprawie, a wszelkie dowody w tym zakresie składane przez uczestników postępowania pominięto jako bezprzedmiotowe.



**Art. 23 ust. 2****38. Sygn. akt: KIO 1898/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Przepisy Pzp definiujące pojęcia stosowane w ustawie, nie wyprowadzają definicji pełnomocnictwa dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie art. 14 ustawy znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Z art. 96 k.c. wynika, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu, co oznacza możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy, zgodnie z art. 95 § 2 k.c. Treść pełnomocnictwa wskazuje przepis art. 98 k.c. rozróżniający pełnomocnictwa na: ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz szczególne (udzielane dla dokonania poszczególnych czynności).

Pełnomocnictwo, o którym stanowi art. 23 ust. 2 Pzp powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego minimalnym zakresem jest upoważnienie m.in. do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy ani też przepisy Kodeksu cywilnego nie wymagają, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, że wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Okoliczność wspólnego ubiegania się o zamówienie powinna jednoznacznie wynikać ze złożonych w postępowaniu, wraz z wnioskiem albo ofertą, dokumentów (wyrok z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 263/08).

Odnosząc przepisy k.c. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać, że dopuszczalne jest, aby pełnomocnikiem była zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku jednako umocowanych pełnomocników (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP/1432/07).

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwo udzielone w dniu 30 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia, tworzących konsorcjum: A Sp. z o.o. (lider), B Sp. z o.o. Sp. k., C Sp. z o.o. D Sp. k. – jednemu z wykonawców – A Sp. z o.o. z siedzibą w W. (adres) – partnerowi wiodącemu konsorcjum, wskazujące zamawiającego, nazwę postępowania o udzielenie zamówienia, w którym ma być złożony dokument oraz zakres umocowania, w szczególności upoważnienie do „(...) podpisania i złożenia oferty (...)” ma charakter szczególny, jego zakres wypełnia dyspozycję art. 23 ust. 2 ustawy. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby upoważnione do reprezentacji trzech wykonawców. Pełnomocnikiem ustanowiono A Sp. z o.o. – osobę prawną – z prawem do ustanawiania dalszych pełnomocników (bez żadnych ograniczeń, co do osób pełnomocników i ich ilości).

A Sp. z o.o. – działa przez swoje organy ujawnione w KRS. Spółka z o.o. jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, reprezentowana przez zarząd, w imieniu którego czynności wykonuje jednoosobowo prezes zarządu w osobie pana Jarosława M., na mocy uprawnienia do ustanawiania dalszych pełnomocników, ustanowiła pełnomocnictwem z dnia 30 lipca 2014 r. panią Annę G. pełnomocnikiem do czynności w granicach umocowania spółki – „(...) do reprezentowania spółki w czynności podpisania formularza oferty (...) oraz podpisania oświadczeń, załączników oraz dokumentów stanowiących integralną część oferty w postępowaniu (...)”. Zatem, pełnomocnik ustanowiony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przeniósł w granicach swego umocowania, umocowanie do dokonania czynności na rzecz dalszego pełnomocnika.

Należy podnieść, że przepisy nie wymagają, by w dalszym pełnomocnictwie została zamieszczona informacja określająca kolejność pełnomocnictw (pierwotne, dalsze). W orzecz-

nictwie Izby uznano, że wystarczające jest wykazanie umocowania na podstawie jednoczesnego złożenia pełnomocnictw wskazujących kolejne umocowanie pełnomocników, tzw. ciąg pełnomocnictw. W rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwa takie zostały złożone.

### **39. Sygn. akt: KIO 2564/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r.**

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, przez sam fakt, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia cofnął pełnomocnictwo po upływie terminu składania ofert. Pełnomocnictwo do złożenia oferty nie było kwestionowane przez odwołującego. Natomiast wszystkie pisma składane po terminie cofnięcia pełnomocnictwa były opatrywane podpisami wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że w przypadku, gdy po terminie składania ofert zabraknie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę takich wykonawców.

Skład orzekający Izby stwierdza, że oferta złożona we właściwym czasie z właściwym pełnomocnictwem nie traci cechy ważności, jeżeli po terminie składania ofert pełnomocnictwo zostanie cofnięte.

Ponadto skład orzekający Izby jest obowiązany stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie bez znaczenia była możliwość albo brak możliwości wypowiedzenia pełnomocnictwa, co podnosili zamawiający i przystępujący. Na uwypuklenie zasługuje treść art. 23 ust. 4 Pzp, który brzmi »Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców«. Na podstawie tego przepisu zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Przepis daje takie uprawnienie zamawiającemu, ale jednoznacznie dopiero przed zawarciem umowy, a nie w każdym momencie postępowania.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 4 – 11**

### **40. Sygn. akt: KIO 2483/14, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2014 r.**

Izba zważyła, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, składane przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady, iż wykonawca składając ofertę zobowiązany jest wykazać zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu m.in. przez złożenie wszystkich wymaganych w danym postępowaniu dokumentów. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty w swej treści powinny potwierdzać spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przepis ten nie wymaga zatem, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu. Ustawodawca umożliwił zatem wykonawcom zarówno złożenie dokumentu, który został wystawiony przed terminem składania ofert i jest w posiadaniu wykonawcy, a jedynie przez przeoczenie nie został złożony wraz z ofertą, jak i złożenie dokumentu, który został wystawiony już po terminie składania ofert, ale w jego treści znajduje się potwierdzenie zaistnienia określonych okoliczności dotyczących wykonawcy w terminie składania ofert lub w dopuszczalnym okresie wcześniejszym.

W praktyce nieco odmienny od pozostałych dokumentów składanych w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków charakter ma informacja z Krajowego Rejestru Karnego, bowiem dokument ten zaświadcza okoliczności wynikającej z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja jest udzielana. Na potrzeby postępowania o udzie-

lenie zamówienia publicznego została określona przez ustawodawcę aktualność informacji z ww. Rejestru – zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – *przyp. red.*] za aktualną należy uznać informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie, ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z ww. Rejestru jakimkolwiek innym dokumentem.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż złożona przez odwołującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego o braku karalności pana Stanisława G. nie potwierdza w sposób prawidłowy spełnienia warunku. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż potwierdza ona brak karalności na dzień 17 listopada 2014 r., tj. po terminie składania ofert. Izba stwierdziła, iż możliwa jest sytuacja, w której pomiędzy terminem składania ofert a datą wydania informacji z Krajowego Rejestru Karnego dojdzie do zatarcia skazania, co wobec braku możliwości ukazania w takiej informacji danych historycznych nie zostanie ujawnione w wydanym dokumencie. Ww. rozbieżność czasowa nie może być konwalidowana oświadczeniem złożonym przez pana Stanisława G. w dniu 20 listopada 2014 r. – ustawodawca jednoznacznie wskazał na rodzaj dokumentu, którym wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie przedmiotowego warunku, nie dopuszczając w tym zakresie wyjątków.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 1**

#### **41. Sygn. akt: KIO 2587/14, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2014 r.**

Nie sposób zatem stwierdzić, czego konkretnie miałyby dotyczyć rzekomo szczegółowa wiedza X co do przyjętych rozwiązań projektowych czy uwarunkowań lokalizacyjnych, które istniały w szcążkowym zakresie. Skoro Zamawiający zdecydował się w tym zakresie na opracowanie dokumentacji zupełnie od nowa, nie sposób stwierdzić związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy nieukończonymi przez Y materiałami, które następnie weryfikował X, a sporządzeniem oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Tym samym nie zostało wykazane przez Zamawiającego ziszczenie się drugiej z powyżej wyszczególnionych przesłanek.

Izba zważyła również, że o ile w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii wypełnienia trzeciej z powyżej wyszczególnionych przesłanek, o tyle w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jedynie spekuluje, że przypisywana Odwołującemu ogólnikowo „większa wiedza” może go stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający błędnie założył, że wystarczające w tym zakresie jest powołanie się na zbieżność zakresów przedmiotów zamówienia – udzielonego pierwotnie i aktualnie prowadzonego postępowania, a także na fakt, że Odwołujący weryfikował dokumentację projektową wytworzoną przez wykonawcę pierwszego zamówienia, bez szczegółowego odniesienia się do tego, jakie konkretnie informacje istotne dla sporządzenia oferty uzyskał w związku z tym Odwołujący, że miałoby to zakłócać konkurencję w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Tymczasem zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Fabricom S.A. przeciwko Belgii*, sygn. C-21/03 i C-34/03 (...) wykonawca nie może być wykluczony z postępowania bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Również w orzecznictwie Izby konsekwentnie prezentowane jest stanowisko, że samo uczestniczenie wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest stwierdzenie, że jego udział w postępowaniu powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji. Przy czym oceny w tym zakresie należy dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała



przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty {zob wyroki Izby wydane: 31 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 6/08), 1 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 986/08), 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1108/110)}.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 2**

#### **42. Sygn. akt: KIO 1279/14, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r.**

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Przepis ten nie daje możliwości wykluczenia Wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie Wykonawca, który nie wniósł wadium.

Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum X wniósł przed terminem składania ofert wadium, w postaci gwarancji bankowej, ważne przez 60-dniowy termin związania ofertą, w wymaganej wysokości 390 000,00 zł. Zgodnie z treścią gwarancji bankowej, gwarant zobowiązał się w niej bezwarunkowo, nieodwołalnie i bezzwłocznie wypłacić kwotę wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego – beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych lub 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, zgodnie z treścią gwarancji, Zamawiający nie musi uzasadniać swojego żądania wypłaty wadium, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania. Odwołujący zakwestionował skuteczność wniesienia wadium podnosząc, iż zapisy gwarancji bankowej uniemożliwiają Zamawiającemu skuteczne egzekwowanie swoich roszczeń, z uwagi na wystąpienie w gwarancji tzw. klauzuli identyfikacyjnej: „Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: „(...) S.A., (...)”, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”.

W ocenie Izby, Przystępujący prawidłowo zabezpieczył ofertę wadium. Wadium spełnia wymogi ustawowe oraz wniesione zostało przed upływem terminu składania ofert. Nadto wynikające z treści gwarancji bankowej oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie Zamawiającego kwoty wadium, wypełnia istotę gwarancji bankowej, określanej jako bezwarunkowa. Kwota gwarantowana może stać się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez Zamawiającego (przez złożenie stosownego, wskazanego w treści gwarancji, żądania zapłaty), a treść wskazywanej przez Odwołującego klauzuli identyfikacyjnej nie ma wpływu na możliwość uchylecia się przez gwaranta od płatności. Powyższe oznacza, że skoro Zamawiający jest w stanie zabezpieczyć się z wniesionej gwarancji bankowej (gdyż ta spełnia wymagania ustawowe i nie zawiera warunków), to Przystępujący skutecznie wniósł wadium.

#### **43. Sygn. akt: KIO 1806/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

Zamawiający nie jest więc uprawniony do wykluczania wykonawcy z uwagi na niejasności zawarte w tłumaczeniu gwarancji wadialnej, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wykonawcę, w sytuacji gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium jest bowiem gwarancja wadialna, a nie jej tłumaczenie. Tłumaczenie treści gwarancji bankowej ma charakter wtórny i nie wpływa na stosunek

zobowiązaniowy zawarty w oryginale złożonej gwarancji wadialnej. Niezasadne jest zatem wykluczanie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdy z okoliczności sprawy bezspornie wynika, że wadium zostało przez wykonawcę wniesione.

W tym konkretnym stanie faktycznym odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. Oryginał gwarancji bankowej został sporządzony w języku słowackim, a do oferty załączono jego tłumaczenie. W treści oryginalnej gwarancji wskazano „*Tato zaruka je platna do 5. septembra 2014.(...)*” (str. 78–79 oferty). Z treści załączonego do oferty tłumaczenia gwarancji dokonane przez samego odwołującego (str. 80–81 oferty) jednoznacznie wynika, iż gwarancja ta ważna jest do 5 sierpnia 2014 r. Natomiast z treści tłumaczenia złożonego na rozprawie i sporządzonego przez tłumacza przysięgłego wynika, iż „gwarancja bankowa jest ważna do 5 września 2014 r.”. Oznacza to, iż oryginalna gwarancja wadialna złożona przez odwołującego w języku słowackim potwierdza wniesienie przez niego wadium. Wskazana w oryginalnej gwarancji nazwa miesiąca („septembra”), jak i odpowiednik miesiąca września w języku angielskim (september) pokazuje już, iż załączone do gwarancji bankowej tłumaczenie nie jest sporządzone w sposób prawidłowy. Powyższe powinno więc wzbudzić wątpliwości zamawiającego i spowodować wyjaśnienie tej kwestii. Zamawiający nie może bowiem wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na niejasności wynikające z tłumaczenia gwarancji wadialnej.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 3**

#### **44. Sygn. akt: KIO 1748/14, KIO 1752/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

(...) Izba stoi na stanowisku, że ze względu na sankcyjny charakter wzmiankowanej regulacji [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] powinna być ona stosowana ściśle. Po drugie – uwzględniając konieczność dokonywania prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie można nie zauważać rozbieżności pomiędzy jego treścią, a art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną”. Odnosząc się w tej materii do art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy przytoczonej sekcji dyrektywy (także Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE posługuje się pojęciem „[...] winny poważnego wprowadzenia w błąd” – *vide* art. 57 ust. 4 lit. h). Abstrahując w przedmiotowych rozważaniach od kwestii działania wykonawcy w warunkach umyślności (które to zapatrywanie przeważa w aktualnym orzecznictwie sądów okręgowych i znajduje odzwierciedlenie w szeregu wyroków Izby) należy zwrócić uwagę, że w rozpatrywanej sprawie nie mogło obiektywnie dojść do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Był on w posiadaniu wszystkich dokumentów zawierających informacje niezbędne do ustalenia powiązań pomiędzy ww. wykonawcami, ponieważ wynikały one ze złożonych z ofertami dokumentów (informacji odpowiadających odpisom aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców) Wykonawców X i Y). Okoliczności sprawy wskazują na to, że Zamawiający nie dość dokładnie przeanalizował wszystkie dokumenty składające się na oferty wykonawców Z i X, skupiając się wyłącznie na złożonych przez nich oświadczeniach w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej.

#### **45. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca zobowiązany do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, złożył oświadczenie o braku przynależności do

grupy kapitałowej, należy uznać, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Skoro jednak ww. spółki nie brały udziału w postępowaniu, który to fakt nie był kwestionowany przez odwołujących, wobec tego nieprawdziwa informacja o przynależności do grupy kapitałowej nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania. Brak jest zatem podstaw do wykluczenia wykonawcy PHU (...) Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w omówionym powyżej zakresie.

#### **46. Sygn. akt: KIO 2136/14, Wyrok KIO z dnia 30 października 2014 r.**

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Z powyższego wynika, iż nie każde nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę w toku postępowania będą skutkowały wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz tylko takie, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik tego postępowania.

O ziszczeniu się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 można mówić wówczas, gdyby inwestycja polegająca na budowie hali treningowej w B., była jedyną robotą budowlaną, którą odwołujący wskazali w celu wykazania, że spełniają postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem odwołujący wykazali cztery roboty, przy czym zamawiający do trzech z nich w ogóle się nie odniósł. Jeżeli okazałoby się, że pozostałe roboty (lub którakolwiek z nich) spełniają postawiony warunek, odwołujący nie mógłby zostać wykluczony z postępowania.

#### **47. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r.**

(...) w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Po pierwsze, w ocenie Izby, o czym była mowa wyżej, w toku postępowania nie budziła wątpliwości treść spornego warunku udziału w postępowaniu (wykonawcy nie żądali wyjaśnień). Przystępujący biorąc udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem było skierowanie do pracy pracowników tymczasowych na rzecz różnych Zamawiających, wymóg odnoszący się do liczby pracowników definiował jednolicie. W powoływanych usługach referencyjnych określał liczbę pracowników zgodnie z przedmiotem danego zamówienia.

Po drugie, z analizy wykazów zrealizowanych usług i referencji, składanych przez Przystępującego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie) wynika, że Przystępujący nie zrealizował trzech usług polegających na skierowaniu do pracy więcej niż 50 pracowników tymczasowych w ramach jednego zamówienia. Okoliczność ta z pewnością stanęła na przeszkodzie, wobec braku obiektywnego uzasadnienia, do przedstawienia poświadczeń o należyтым wykonaniu zamówień referencyjnych. Odwołujący bowiem wiedział, że z treści referencji wystawionych przez X Sp. z o.o. wynika liczba osób skierowanych, jednocześnie mógł przypuszczać (biorąc pod uwagę treść innych referencji, którymi dysponował), że okoliczność ta zostanie wskazana również w poświadczeniu sporządzonym przez Y w W., stąd też zaniechał podjęcia w odpowiednim terminie czynności zmierzających do jego uzyskania.

Po trzecie, Przystępujący sugerował w wyjaśnieniach, że mimo złożenia wniosku (a więc rzekomego dochowania staranności) nie może uzyskać poświadczenia od Y w W., zaś odnośnie referencji wystawionych przez X Sp. z o.o. w tychże wyjaśnieniach powoływał się na klauzulę poufności mimo, że wcześniej rzeczony dokument ujawnił. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Przystępujący celowo nie przedłożył przedmiotowego poświadczenia, bowiem pozostawało ono w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem w wykazie usług.

Po czwarte, Przystępujący powołał się na usługi realizowane osobiście, zatem Izba nie ma wątpliwości, że przedmiot zamówienia referencyjnych usług był Przystępującemu znany.

Po piąte, konfrontacja treści referencji wystawionych przez X Sp. z o.o. z treścią rzeczono-go wykazu pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący złożył fałszywe oświadczenie nie tylko co do liczby skierowanych osób w ramach usług referencyjnych, ale i co do wartości usługi realizowanej na rzecz X Sp. z o.o. Przy czym za niewiarygodne należy uznać twierdzenia Przystępującego, że przedmiotowa referencja nie uwzględniła wartości usług z ostatniego miesiąca skoro została wystawiona po zakończeniu realizacji zamówienia a przedmiotowej okoliczności Przystępujący nawet nie uprawdopodobnił.

Po szóste, lakoniczne wyjaśnienia Przystępującego udzielone na wezwanie Zamawiającego i zaniechanie kontrincjatywy dowodowej w toku rozprawy pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, że informacje odnośnie usług referencyjnych z poz. 2 i 3 wykazu, w zakresie liczby skierowanych pracowników i wartości usługi (poz. 3 wykazu) stanowią informacje nieprawdziej i zostały złożone, jak wskazują wyżej opisane okoliczności, przez Przystępującego z pełną świadomością, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym zaktualizowały się podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### **48. Sygn. akt: KIO 2356/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r.**

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niesłusznego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na podanie przez niego nieprawdziej informacji dotyczących dostaw technologii stabilizacji tlenowej wykonywanej przez firmę X.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego wskazał, iż kwestionuje dwie z wykonanych dostaw, tj. projekt zrealizowany w (...) i (...). Izba nie zgadza się z przedstawioną na rozprawie argumentacją zamawiającego, iż pisząc w zawiadomieniu, iż nie uznaje dostaw wykonywanych przez X miał na myśli wszystkie wykazane przez odwołującego dostawy realizowane przez ten podmiot. Pisząc w dalszej części zawiadomienia o dwóch konkretnych dostawach zamawiający określił w sposób wyraźny i zrozumiały, iż chodzi mu o te dwie wskazane dostawy. Odwołujący w zakresie spełniania tego warunku wskazał na 2 inne wykonane dostawy tj. dostawy technologii stabilizacji tlenowej dla A (zamówienie wykonane przez Y) oraz dostawy technologii stabilizacji tlenowej dla B. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w żaden sposób nie odniósł się do tych dwóch dostaw, nie zanegował ich i nie zakwestionował, co pozwala na wniosek, iż odwołujący spełnił warunek w zakresie realizacji dwóch dostaw technologii stabilizacji tlenowej o wskazanych parametrach.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziej informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziej informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Z powyższego wynika, iż nie każde nieprawdziej informacje podane przez wykonawcę w toku postępowania będą skutkowały wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz tylko takie, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik tego postępowania.

#### **49. Sygn. akt: KIO 2383/14, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2014 r.**

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziej informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie

zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania.

W realiach rozpoznawanej sprawy nie sposób mówić o celowym działaniu wykonawcy. Wykonawca ten specjalizuje się we wdrożeniach central telefonicznych i systemów telekomunikacyjnych. Zgodnie z informacją zawartą w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego, wykonawca ten posiada blisko 200 referencji z wdrożeń wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat funkcjonowania spółki. Uczestnik wskazywał, że wykazanie się doświadczeniem z realizacji zamówienia dla X wynikała z błędnej interpretacji opisu załączonej referencji, która nastąpiła w oparciu nie o ilość dostarczonych telefonów, lecz w oparciu o centralę telefoniczną na ponad 2000 telefonów rozmieszczonych w 13 różnych lokalizacjach, a moduły centrali były połączone ze sobą przy pomocy technologii IP. Wykonawca wyjaśnił, że do przedstawienia tego doświadczenia doszło w wyniku błędu nie zaś zamierzonego działania, a potwierdza ten stan rzeczy fakt, że wykonawca legitymuje się realizacją innych dostaw, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożone (dowód nr 5) dokumenty potwierdzają realizację zamówień polegających na wdrożeniu i dostawie dla ponad 300 aparatów (...) przez uczestnika postępowania odwoławczego. Należy uznać za słuszne stanowisko wykonawcy, że nie można przypisać uczestnikowi postępowania odwoławczego działania celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

#### **50. Sygn. akt: KIO 2408/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

Nie potwierdził się w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut dotyczący złożenia przez Przystępującego (...) nieprawdziwych informacji oraz w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy.

Należy zauważyć, iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy powyższego stanu faktycznego i w jej opinii zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się w zgromadzonym materiale dowodowym. Niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie można automatycznie utożsamiać ze złożeniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **Art. 24 ust. 2 pkt 4**

#### **51. Sygn. akt: KIO 2079/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r.**

Zamawiający wymagał, aby zamówienie polegało na budowie lub dokończeniu budowy, a jego wartość wynosiła minimum 15 000 000 zł brutto. Zamówienie wskazane przez wyko-



nawcę X obejmuje swoim zakresem nie tylko rozbudowę i nadbudowę, lecz również przebudowę. Należało zauważyć, iż ustawa Pzp w art. 2 pkt 8 mówi o robotach budowlanych, przez co należy rozumieć wykonanie (...) robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, z czego wynika odejście od definicji art. 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2010 r., 243, poz. 1623 ze zm.). (...)

Zdaniem Izby, przepis powyższy [art. 26 ust. 3 Pzp – przyp. red.] ma charakter wyjątku od reguły, że oferta wykonawcy po upływie terminu na jej złożenie nie podlega żadnym zmianom. Wykonawca, który złożył dokumenty oferty bez braków i błędów – samodzielnie, lub też przy okazji innego wezwania zamawiającego – nie może zmieniać swego oświadczenia woli, uchylać się od jego skutków, chociażby było ono oparte na zobowiązaniu podmiotu trzeciego, z którego potencjału zamierza korzystać, i tylko z tych względów zamieniać dokument prawidłowy w swej treści i potwierdzający spełnienie warunku SIWZ – na dokument, do którego uzupełnienia nie był wzywany – zawierający odmienne oświadczenia od pierwotnie złożonych w ofercie – prowadzące do zniweczenia wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, w tym przypadku firmy Y Sp. z o.o. Brak uzupełnienia przez X dokumentów żądanych wprost w wezwaniu zamawiającego z dnia 16.09.2014 r. przy braku zakwestionowania zasadności wezwania odwołaniem – jest równoznaczny z tym, że wiedza i doświadczenie nie zostały skutecznie udostępnione, a zatem wykonawca X nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i zamawiający winien go wykluczyć w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać za odrzuconą. Ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu nie jest możliwe.

## **52. Sygn. akt: KIO 2126/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

Zamawiający wyjaśnił, że zapis taki znalazł się w ogłoszeniu omyłkowo. Dla Izby również jest oczywiste, że warunek zamawiającego odnosił się do jednych robót budowlanych, a informacja zawarta w ogłoszeniu jest wynikiem błędu – jak wynika z doświadczenia życiowego, prawdopodobnie jest pozostałością po treści wcześniejszego ogłoszenia, na którym zamawiający nadpisywał nowy tekst. Jasne jest, że sytuacja taka nie powinna była się zdarzyć, a treść wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu powinna być identyczna. Jednak skoro już się zdarzyła, to zastosowanie powinna mieć wielokrotnie wskazywana w orzeczeniach zasada, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów czy braku precyzji zamawiającego w formułowaniu żądań i wymogów. Tym bardziej, że w tym przypadku błąd zamawiającego jest ewidentny. (...)

W kwestii sporu, czy wymóg zamawiającego „budowy budynku wraz z wykonaniem robót branży: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości nie mniejszej niż 8.000.000 zł brutto” należy odnieść wyłącznie do budowy nowego budynku od podstaw, czy też można wykazać także rozbudowę, Izba uznała, że za spełnienie warunku można uznać również rozbudowę istniejącego obiektu. Spór wynika z faktu, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w art. 3 pkt 6 budowę definiuje dwojako – jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. A więc w znaczeniu węższym – jako wykonanie nowego obiektu oraz szerszym – także jako odbudowę, rozbudowę czy nadbudowę już istniejącego obiektu. Zamawiający – co jest nagminnym błędem zamawiających w podobnych przypadkach – nie wskazał, które znaczenie pojęcia „budowa” przyjął. Wskazał co prawda na „budowę budynku”, co mogłoby sugerować „budowę nowego budynku”, lecz określenie to mogło też mieć na celu podkreślenie, że chodzi wyłącznie o rodzaj obiektu budowlanego zdefiniowany w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, czyli budynek.

Skoro zatem zamawiający – wiedząc, jaka jest definicja „budowy” i mogąc wskazać konkretne znaczenie tego słowa – tego nie zrobił, także tu ma zastosowanie zasada, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów czy braku precyzji zamawiającego w formułowaniu żądań i wymogów. Tym samym należy uznać, że wykazanie rozbudowy, a nie budowy kompletnie nowej hali sportowej spełnia wymogi zamawiającego.

### **53. Sygn. akt: KIO 2645/14, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r.**

(...) to na wykonawcy ciąży zadanie wykazania, że oferta jest poprawna i opatrzona kompletem właściwych i wymaganych w SIWZ dokumentów. To wykonawca bowiem wykazuje że spełnia warunki udziału w postępowaniu [art. 26 ust. 2a ustawy], następnie składa oświadczenie o przedmiocie oferty, w tym że przedmiot tej oferty posiada określone cechy, walory oraz spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego [art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy]. To zadaniem wykonawcy jest zatem zaprezentowanie przedmiotu zamówienia i wykazanie, że spełnia on postawione w postępowaniu wymagania. W obowiązku tym zamawiający nie może wykonawcy wyręczać. Nie jest więc akceptowalną postawą Zamawiającego, który na rozprawie argumentował, że po otwarciu ofert samodzielnie sprawdzał na odpowiednich stronach internetowych, czy oferowany przez Przystępującego przedmiot tam widnieje i czy spełnia postawione wymagania. Nawet jeśli tak było – takie samodzielne ustalenie za wykonawcę zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ nie zostało w żaden sposób przez Zamawiającego udokumentowane. Niezależnie od tego, to nie Zamawiający ma wykazywać spełnienie postawionych wymagań, ale wykonawca ubiegający się o zamówienie. Wreszcie dostrzeżenia wymaga, że gdyby tak miało być, że Zamawiający, mimo postawienia wymagań udokumentowania przez wykonawców określonych faktów, finalnie sam weryfikuje treść ofert, niezależnie, czy zostały w ich zamieszczone wymagane dokumenty, to postawienie takich wymagań byłoby bezprzedmiotowe. Działanie Zamawiającego, polegające na odstąpieniu od postawionych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu wymagań w takiej sytuacji należałoby traktować jako naruszenie podstawowych zasad postępowania (...).

### **Art. 24 ust. 2 pkt 5**

### **54. Sygn. akt: KIO 1748/14, KIO 1752/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

Izba ustaliła, na podstawie informacji odpowiadających odpisom aktualnym z KRS wykonawców X i Y, załączonych do złożonych w Postępowaniu ofert, że jeden z członków rady nadzorczej Wykonawcy Y (B) pełni funkcję prezesa zarządu i jedyne go członka tego organu u Wykonawcy X (argument z Działu 2, Rubryki 2 – „Organ nadzoru”, Podrubryki 1 – „Dane osób wchodzących w skład organu”, L.p. 3 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy B, według stanu na dzień 9 czerwca 2014 r. oraz Działu 2, Rubryki 1 – „Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu”, Podrubryki 1 – „Dane osób wchodzących w skład organu”, L.p. 1 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy X, według stanu na dzień 23 czerwca 2014 r.). Ponadto, na podstawie powołanych powyżej dokumentów ustalono również, że B ujawniony jest jako jedyny wspólnik X sp. z o.o. posiadający 99 udziałów opiewających na kwotę 49.500,00 zł, przy kapitale zakładowym rzędu 50.000,00 zł (patrz: Dział 1, Rubryka 7 – „Dane wspólników”, L.p. 1 i Rubryka 8 – „Kapitał spółki” informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy X, według stanu na dzień 23 czerwca 2014 r.). Wykonawca X załączył do oferty oświadczenie, że należy do grupy kapitałowej, załączając jednocześnie listę podmiotów wchodzących w jej skład, na której nie został ujawniony Wykonawca Y. Z kolei Wykonawca Y złożył wraz z ofertą oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów UOKiK.



W świetle powyższych okoliczności należało uznać, że wykonawcy X i Y pozostają ze sobą w stosunku zależności, w którym pierwszy z nich jest spółką zależną, drugi zaś – spółką dominującą. Trzeba mieć przy tym na względzie, że przepis art. 4 pkt 3 lit. c UOKiK, na który to powołał się Odwołujący Z stanowi wyłącznie jeden z przejawów przejścia kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim, uzasadniającego wniosek, że należą oni do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 14 UOKiK. Ustawodawca zrezygnował bowiem z zasady *numerus clausus* uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, o czym świadczy literalne brzmienie art. 4 pkt 4 zd. wstępne UOKiK. Niemniej istotna jest również okoliczność, że dla ustalenia, czy *ad casum* doszło do przejścia kontroli nad innym podmiotem wystarczające jest li tylko istnienie możliwości wywierania decydującego wpływu na jego poczynania. Nie ma zatem znaczenia, czy takowy wpływ jest faktycznie wywierany, ponieważ pod uwagę brać należy już samą ewentualność zaś dotyczy pojęcia „decydującego wpływu” Izba wskazuje, że należy je identyfikować ze sprawami najważniejszymi, rozstrzygającymi o funkcjonowaniu i rozwoju kontrolowanego przedsiębiorcy. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że w doktrynie do tego rodzaju spraw zalicza się m.in. uchwały w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy oraz ustalanie polityki przedsiębiorstwa (tak: E. Modzelewska-Wąchał: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002). Skoro zatem zasiadający w radzie nadzorczej Wykonawcy Y B jest jedynym członkiem zarządu Wykonawcy X, uprawnionym – zgodnie z ujawnionym w rejestrze sposobem reprezentacji – do samodzielnego reprezentowania tego podmiotu (Dział 2, Rubryka 1 – „Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu”, informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z KRS Wykonawcy X, według stanu na dzień 23 czerwca 2014 r.), a zarazem jedynym współnikiem, skupiającym niemal wszystkie udziały (49 z 50), to – biorąc pod uwagę ustawowe kompetencje organów spółki kapitałowej funkcjonującej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jaką jest Wykonawca X (zarządu – art. 201 § 1 K.s.h. i zgromadzenia współników – art. 228 i nast. K.s.h.) – należało stwierdzić, że ww. osoba jest wyłącznym decydentem w odniesieniu do tego podmiotu.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego i Wykonawcy Y związanej z literalnym brzmieniem przepisu art. 4 pkt 4 lit. c UOKiK, który odwołuje się do członków rady nadzorczej (liczba mnoga) Izba stwierdziła, że nawet gdyby przyjąć, że akurat ten przypadek przejścia kontroli nie zachodzi (w stanie faktycznym sprawy spór dotyczył jednego członka rady nadzorczej), to nie wyklucza to wystąpienia innej, nienazwanej przez ustawodawcę postaci tego zjawiska, na co zezwala otwarty charakter katalogu zawartego w przepisie art. 4 pkt 4 UOKiK.

### **55. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Zgodnie z przedłożonymi przez odwołujących informacjami z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 13 września 2014 r. pod Nr KRS: (...) zarejestrowana jest spółka A Sp. z o.o. z siedzibą w N., w której spółka PHU B Sp. z o.o. posiada 20 udziałów, a p. Michał D. jednoosobowo pełni funkcję Prezesa Zarządu. Jednym z prokurentów w spółce jest p. Mariusz D. (prokura samoistna). Natomiast pod NR KRS: (...) zarejestrowana jest spółka C Sp. z o.o. z siedzibą we W., w której jedynym współnikiem jest spółka PHU B Sp. z o.o. posiadająca 50 udziałów o łącznej wartości 5 000,00 zł. Dział 2 nie zawiera wpisu odnośnie osób wchodzących w skład zarządu tej spółki. W spółce zostało ustanowionych dwoje prokurentów, w tym m.in. p. Michał D. (prokura samoistna).

Wykonawca PHU B Sp. z o.o. wyjaśnił w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że na dzień składania ofert prezes PHU B Sp. z o.o. p. Michał D. nie był już prezesem spółki A Sp. z o.o., zgodnie z uchwałą z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie odwołania ze stanowiska prezesa p. Michała D. i powołania nowego prezesa, natomiast zgodnie z umową, zawartą pomiędzy PHU B Sp. z o.o., a osobą fizyczną Michałem D. w przedmiocie zbycia 100% udziałów w spółce C

Sp. z o.o. przez PHU B Sp. z o.o. na rzecz p. Michała D., co zostało zgłoszone do KRS w dniu 18 czerwca 2014 r. – wykonawca przedłożył kopię wniosku – PHU B Sp. z o.o. nie posiada już udziałów w tej spółce. W toku rozprawy przystępujący złożył kopię umowy sprzedaży udziałów w spółce C Sp. z o.o. z dnia 18 lutego 2014 r. zawartej pomiędzy PHU B Sp. z o.o. a p. Michałem D. Przystępujący złożył również kopię wniosku o zmianę danych dotyczących podmiotu A Sp. z o.o. z dnia 15 marca 2011 r. (bez podpisu) oraz Zarządzenia Sądu Rejonowego dla Wrocławia – Fabryczna Wydział VI Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 10 września 2014 r., dotyczące dołączenia do wniosku zgłoszenia aktualizacyjnego NIP w zakresie zmiany siedziby i przedmiotu działalności. W załączeniu do przystąpienia wykonawca PHU B Sp. z o.o. złożył kopię wniosku o zmianę danych podmiotu D Sp. z o.o. (Nr KRS (...)) z dnia 18 czerwca 2014 r.

Izba zważyła, że informacje z KRS wskazane powyżej, złożone przez odwołujących potwierdzają, że spółka PHU B Sp. z o.o. powiązana jest osobowo z A sp. z o.o. z/s (...) N., poprzez osobę prezesa tej spółki, pełniącego jednocześnie tożsamą funkcję w spółce PHU B Sp. z o.o. oraz kapitałowo z C sp. z o.o. z/s (...) W., w której zgodnie z umową sprzedaży udziałów z dnia 18 lutego 2014 r. prezes Spółki PHU B Sp. z o.o. posiada 100% udziałów. W ocenie Izby, poprzez powyższe powiązania osobowo-kapitałowe jest możliwe wywieranie wpływu przez spółkę PHU B Sp. z o.o. na pozostałe dwie spółki. Spółki te stanowią zatem grupę kapitałową w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym należy uznać, że wykonawca PHU B Sp. z o.o. był zobowiązany do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Izba zważyła również, że wykonawca PHU B Sp. z o.o., powołując się na zmiany personalne w organach zarządu wymienionych wyżej spółek nie przedstawił dowodów (uchwały wspólników) w sprawie dokonanych zmian, na które się powoływał, zatem, wobec braku obalenia domniemania prawdziwości wpisów w KRS wynikającego z przepisów ustawy o KRS, należało uznać, że zmiany takie nie zostały przez ww. wykonawcę udowodnione. Kopie wniosków o zmianę danych podmiotów w rejestrze przedsiębiorców nie stanowią dowodu wskazywanych przez przystępującego zmian, wobec braku udowodnienia właściwej treści tych zmian. Wniosek dotyczący spółki A Sp. z o.o. pochodzi z 2011 r., a wobec tego nie pozostaje w jakimkolwiek związku z twierdzeniami przystępującego, podobnie jak wniosek dotyczący spółki D Sp. z o.o.

Wykonawca PHU B Sp. z o.o. nie złożył zatem w przedmiotowym postępowaniu wymaganej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Ponieważ wykonawca był wzywany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie może być ponownie wezwany do uzupełnienia tego dokumentu. Wykonawca PHU B Sp. z o.o. podlega zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24d ust. 3 Pzp. Uwzględnienie tego zarzutu dotyczy obu rozpoznawanych odwołań, a wobec tego wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24d ust. 3 Pzp w części II i VI oraz w części V zamówienia, tj. w zakresie objętym odwołaniami.

## **56. Sygn. akt: KIO 2344/14, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2014 r.**

Rzeczywiście, z przepisu tego [art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – *przyp. red.*] wynika, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak sama podstawa wykluczenia nie jest bezwzględna, gdyż pozwala i nakazuje ocenić występującą sytuację indywidualnie w każdym postępowaniu. Zatem sam fakt złożenia dwóch ofert w jednym postępowaniu nie jest jeszcze podstawą wykluczenia, jeśli wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Ma tu więc miejsce klasyczna sytuacja, w której wykonaw-

cy ci muszą wykazać zamawiającemu brak naruszenia konkurencji, a jeśli zamawiający uzna ich wyjaśnienia, to inny wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego powinien dowieść, że uczciwa konkurencja została naruszona.

Tymczasem odwołujący poprzestał jedynie na wskazywaniu samego faktu złożenia dwóch ofert uznając, że przeprowadzenie dowodu jest zbyt trudne. Oczywiście, Izba nie wymaga tu udowodnienia istnienia pomiędzy oboma wykonawcami zмовы czy innego porozumienia (zresztą zмова lub porozumienie nie jest przesłanką konieczną zastosowania tego przepisu), lecz chociaż wskazania jakichś konkretnych okoliczności – poza faktem złożenia dwóch ofert – które by na to naruszenie uczciwej konkurencji wskazywały. Odwołujący zaś tego nie uczynił.

### **57. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.**

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu do oferty Przystępującego, na str. 9 i 10, zostały załączone dwa oświadczenia złożone przez konsorcjantów Przystępującego (spółki: X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o.) o braku przynależności do grupy kapitałowej. Odwołujący wywodzi, że powiązania pomiędzy tymi dwoma spółkami, polegające na posiadaniu tych samych wspólników, do których należy całość udziałów w spółkach, a także fakt, iż prokurent spółki X jest jednocześnie prezesem zarządu w spółce Y, wskazują na pozostawanie przez tych przedsiębiorców w grupie kapitałowej, co skutkuje koniecznością złożenia przez te spółki listy grupy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Brak złożenia takiej listy – jego zdaniem – świadczy o konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, a dodatkowo złożenie przez obydwie spółki oświadczenia braku pozostawania w grupie kapitałowej wskazuje na podanie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby żadna z powyższych okoliczności nie znalazła potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym sprawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi o konieczności wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcy, który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby dyspozycja wskazanego przepisu nie znalazła wypełnienia w przedmiotowym stanie faktycznym z uwagi na brak podstaw do uznania, że obydwie spółki tworzące konsorcjum Przystępującego należą do grupy kapitałowej, do której odnoszą się przepisy ustawy, w tym art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, stanowiący samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy, w sytuacji gdy co najmniej dwóch wykonawców ubiegających się odrębnie o udzielenie tego samego zamówienia publicznego (złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) należy do tej samej grupy kapitałowej. W świetle przywołanego przepisu ustawy Pzp grupa kapitałowa została zdefiniowana w konkretny sposób, tj. przez pryzmat regulacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50 poz. 331 ze zm.). We wskazanej ustawie pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 14 tej ustawy. W świetle tego przepisu przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Definicja grupy kapitałowej w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprost odwołuje się do pojęcia przedsiębiorcy, przy czym zauważyć należy, że przepisy tej ustawy, w art. 4 pkt 1, pojęcie przedsiębiorcy kształtują w sposób szerszy niż zostało to określone w przepisach o swobodzie działalności gospodarczej.

W określonych w tym przepisie sytuacjach, także osoba fizyczna nie prowadząca działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, także może pełnić rolę przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tych też względów Izba nie podzieliła prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego argumentacji o tym, że osoby fizyczne z zasady, jeśli nie prowadzą działalności gospodarczej, nie mają przymiotu przedsiębiorcy.

Niezależnie jednak od oceny, czy w tej konkretnej sytuacji faktycznej osoby fizyczne, które wspólnie, po połowie, w każdej odrębnie ze spółek tworzących konsorcjum Przystępującego, posiadają udziały, są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to w ocenie Izby, nie spełniają jednej z istotnych przesłanek kwalifikujących określone podmioty jako pozostające w grupie kapitałowej. Chodzi mianowicie w tym przypadku o to, że wskazane spółki (X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o.) nie są kontrolowane przez jednego przedsiębiorcę. Udziałowcy – ci sami w obydwu spółkach – nawet jeśli uznać, że sprawują kontrolę nad tymi spółkami, to jest to kontrola wspólna, oddzielnie nad każdą z tych spółek. Tymczasem art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprost i literalnie wskazuje na konieczność kontroli jednego przedsiębiorcy nad innymi, nie zaś kontrolę kilku przedsiębiorców nad innymi. Ustawodawca w tym zakresie posłużył się – w przeciwieństwie do innych przepisów tej ustawy (np. art. 13 ust. 2 pkt 2 tej ustawy „... bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców”) – wyłącznie liczbą pojedynczą rzeczownika „przedsiębiorca” („... są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę ...”). Wykładania literalna przepisów powinna – zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego – mieć pierwszeństwo przed innym rodzajem wykładni. Powyższe ma znaczenie szczególne w przypadku, kiedy należy dokonywać interpretacji wskazanego przepisu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w kontekście określonych negatywnych skutków dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z tytułu wypełnienia się dyspozycji art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (pozostawania w grupie kapitałowej).

Taki sposób wykładni art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak prezentuje Izba, znajduje potwierdzenie w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 stycznia 2007 r. (DAR-421-13/06/EK), w której wskazuje się wprost, że z definicji grupy kapitałowej zawartej w przywołanym przepisie wynika, że kontrolę w grupie może sprawować tylko jeden przedsiębiorca, gdyż sprawowanie wspólnej kontroli wyklucza istnienie decydującego wpływu jednego przedsiębiorcy. Stąd też Prezes UOKiK wywodzi, że przedsiębiorą, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola nie należy do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców posiadających nad nim wspólną kontrolę. Choć Izba zdaje sobie sprawę z rozbieżności interpretacji tej kwestii występujących w piśmiennictwie (por. Edward Stawicki w: „Komentarz do ustawy i ochronie konkurencji i konsumentów” LEX), to przychyliła się do interpretacji zaprezentowanej w komentarzu do ustawy pod. red. C. Banaśńskiego i C. Piontka (por. jw. Edward Stawicki w: „Komentarz do ustawy i ochronie konkurencji i konsumentów” LEX), iż wskazany przepis stanowi, że o grupie kapitałowej możemy mówić wyłącznie w przypadku przedsiębiorców, którzy są kontrolowani (bezpośrednio lub pośrednio) przez jednego przedsiębiorcę, a przepis ten nie obejmuje swoim zakresem sytuacji, kiedy kontrolę nad przedsiębiorcą posiada dwóch lub więcej przedsiębiorców. Taka interpretacja wskazanego przepisu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – w ocenie Izby – znajduje swoje uzasadnienie właśnie w gramatycznej wykładni tej regulacji, w szczególności w kontekście konkretnych uciążliwości dla wykonawców (wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), jakie przepisy ustawy Pzp wiążą z przynależnością do grupy kapitałowej. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że spółki wchodzące w skład konsorcjum Przystępującego nie pozostają w grupie kapitałowej i jako takie nie musiały składać listy podmiotów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

### **Art. 25 ust. 1 pkt 1**

#### **58. Sygn. akt: KIO 1375/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.**

W odniesieniu do podnoszonej okoliczności dotyczącej osoby, która podpisała referencje na rzecz wybranego wykonawcy, niezależnie od ograniczeń wynikających z art. 180 ust. 2



Pzp, należy wskazać, że referencje nie są oświadczeniem woli, dla którego wymagane byłoby zachowanie zasad reprezentacji podmiotu wystawiającego. Jest to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw.

### **59. Sygn. akt: KIO 2243/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi jest – w przypadku zamówień na dostawy lub usługi – poświadczenie, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia – oświadczenie wykonawcy. Przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania należy rozumieć sytuację, gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należytego wykonania usługi (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 2873/13).

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły okoliczności uzasadniające posłużenie się własnymi oświadczeniami. Z przedstawionej korespondencji wynika, iż w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert w niniejszym postępowaniu (tj. wrzesień 2014 roku) odwołujący nie czynił starań, by uzyskać poświadczenie należytego wykonania zadań objętych umową (...). Odwołujący wystąpił o wydanie poświadczenia do Urzędu Miejskiego w G. w czerwcu 2014 roku, a i wówczas nie wnosił o wydanie poświadczeń dotyczących wykonanych już zadań, lecz o poświadczenie dotyczące całej umowy, mimo że żadne z zadań nie zostało wówczas ukończone. Brak jest zatem podstaw do przyznania odwołującemu uprawnienia do skorzystania z możliwości złożenia oświadczenia na podstawie § 1 ust. 2 pkt 3 wskazanego wyżej rozporządzenia.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że taka praktyka musi mieć charakter wyjątkowy: Usankcjonowanie praktyki masowego przedkładania oświadczeń własnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności wykazywania przez wykonawców uzasadnionych i obiektywnych przyczyn niemożności dostarczenia poświadczenia, doprowadziłoby do daleko idącej patologii. Instytucja listów referencyjnych stałaby się wówczas w praktyce martwa, zaś na zamawiających przerzucono by uciążliwy i czasochłonny obowiązek dociekania, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem (KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14).

### **60. Sygn. akt: KIO 2251/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący nieuprawnionego żądania złożenia przez wykonawców wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (pkt VI ppkt C.4. specyfikacji). Izba stwierdziła, iż zamawiający nie opisał sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z uwagi na brak ww. opisu, a tym samym brak skierowanej do wykonawców informacji o kwalifikacjach, doświadczeniu czy wykształceniu, które powinny posiadać osoby wykazywane w wymaganym przez zamawiającego wykazie osób, żądanie złożenia takiego wykazu Izba uznała za nieuprawnione. Za błędne należy uznać twierdzenie zamawiającego, iż na podstawie art. 36 ustawy Pzp jest zobowiązany żądać od wykonawców wszystkich dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – *przyp. red.*]. Zamawiający zobowiązany jest wymagać od wykonawców złożenia dokumentów, które pozwolą na dokonanie oceny spełniania przez wyko-

nawcę postawionych przez zamawiającego warunków. Przywołany przez zamawiającego na rozprawie wymóg wykazania przez wykonawcę posiadania przeciętnego rocznego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w wysokości co najmniej 10 pracowników (pkt V ust. 1 pkt 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) powinien znajdować potwierdzenie w dokumencie wskazanym w § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wymaganie złożenia dokumentu z § 1 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia nie znajduje oparcia w postawionych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunkach.

#### **61. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r.**

Zasadą jest, że wykonawca w celu potwierdzenia należytego wykonania lub wykonywania usług zobowiązany jest złożyć dowód w postaci poświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 powoływanego rozporządzenia [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.*]. Jedyne w sytuacji, w której z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, uprawniony jest do przedłożenia własnego oświadczenia (§ 1 ust. 2 pkt 3 powoływanego rozporządzenia). Na tle powołanych regulacji należy dojść do przekonania, że normodawca dopuszcza możliwość posłużenia się własnym oświadczeniem przez wykonawcę w wyjątkowych wypadkach, jeśli uzyskanie poświadczenia jest niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby, zwrócenie się przez Przystępującego do Zamawiającego – X w W. z wnioskiem o wydanie poświadczenia po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nie pozwala na przyjęcie, że Przystępujący nie mógł uzyskać poświadczenia z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze. Nie budzi wątpliwości, że Przystępujący z powodu własnej opieszałości utracił możliwość uzyskania poświadczenia w terminie umożliwiającym dołączenie rzeczonożego dokumentu do oferty. Skoro Przystępujący nie dochował należytej staranności i nie zabezpieczył sobie możliwości uzyskania dokumentu w odpowiednim terminie, to twierdzenia o braku możliwości jego uzyskania ze względu na zbyt krótki czas pomiędzy ogłoszeniem zamówienia a terminem składania ofert, należy uznać za absolutnie nieuzasadnione, biorąc pod uwagę okoliczność, że usługa jest świadczona od 1 stycznia 2014 r. Dostreżenia wymaga, że Przystępujący nie spotkał się z odmową wystawienia dokumentu, przedmiotowy dokument bowiem został sporządzony w dniu 17 października 2014 r., a więc w 4-tym dniu po złożeniu wniosku przez Przystępującego. Powyższe wskazuje, że nawet gdyby Odwołujący złożył rzeczony wniosek w dniu ogłoszenia zamówienia wysoce prawdopodobne jest, że uzyskałby go do terminu składania ofert. Nadto, twierdzenia Przystępującego, że przedmiotowy dokument nie został mu doręczony do dnia rozprawy budzą wątpliwości (od daty jego wystawienia do dnia rozprawy upłynęły ponad 3 tygodnie) i należy je uznać za element strategii procesowej uczestnika postępowania, tym bardziej, że Odwołujący przed terminem rozprawy przedmiotowy dokument uzyskał.

Analogiczną ocenę należy wyrazić w odniesieniu do stanowiska Przystępującego, że referencji wystawionych przez Y Sp. z o.o. nie może przedłożyć wobec objęcia ich klauzulą poufności. Budzi wątpliwości, czy w zakresie powołanego przepisu owa przesłanka się mieści, normodawca bowiem upoważnia wykonawcę do posłużenia się własnym oświadczeniem jedynie w sytuacji braku możliwości uzyskania poświadczenia. Wątpliwości są tym bardziej uzasadnione, że w toku postępowania wykonawcy składają niejednokrotnie zamawiającemu szereg informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i status tych informacji nie przekreśla obowiązku ich przedłożenia.



**62. Sygn. akt: KIO 2075/14, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2014 r.**

Z przytoczonego przepisu [§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] nie wynika, aby referencje [dowody, że roboty budowlane, dostawy czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie] musiały być wystawione przez, cyt. z odwołania: »bezpośredniego odbiorcę dostaw, gdyż tylko ten podmiot może posiadać wiedzę o ich należytych bądź nienależytych wykonaniu. To bowiem wierzyciel, a nie pośrednik, (w tym przypadku spółka [...]), posiada kompetencję faktyczną możliwość, aby oceniać prawidłowość zrealizowanych dostaw«.

Również cytowany wyżej rozdz. 4 ust. 4.2 specyfikacji (zgodnie z przepisami) wskazywał na możliwość złożenia referencji pochodzących od wystawcy dokumentu, a nie od jakiegoś konkretnego kręgu podmiotów. Jedyne dokument musi określać prawidłowość wykonanych dostaw. Dlatego zamawiający nie miał podstaw, aby odmówić uwzględnienia złożonych referencji w ocenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

**Art. 25 ust. 1 pkt 2****63. Sygn. akt: KIO 1151/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r.**

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do dokumentu – propozycja planu jakości. W ocenie Izby dokument ten nie może być w żaden sposób uznany za treść oferty z uwagi na jego niewiążący charakter. Z samej nazwy dokumentu wynika, że jest to jedynie propozycja ze strony wykonawcy, które nie ma charakteru stanowczego i która będzie co najwyżej punktem wyjścia do opracowania planu jakości na etapie zawierania umowy, który będzie podlegał akceptacji zamawiającego. Dokument ten nie kreuje zatem żadnych praw czy obowiązków po stronie tak zamawiającego, jak i wykonawcy, które można byłoby zaliczyć do elementów przedmiotowo istotnych oferty. Z opisu przedmiotu zamówienia cz. III siwz wynika, że zamawiający oczekuje, że w toku realizacji zamówienia jakość wykonania zamówienia będzie poddawana testom i kontrolowana, stąd propozycję planu jakości można uznać jedynie jako dokument poglądowy dla zamawiającego, co do tego, czy wykonawca zamierza zapewnić odpowiednią kontrolę jakości. Z tego względu dokument ten swoim charakterem odpowiada dokumentom opisanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

**64. Sygn. akt: KIO 1803/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, nie stanowią ściśle treści oferty, a jedynie służą potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Są to tak zwane dokumenty przedmiotowe, do których zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, możliwe jest zastosowanie w takim przypadku regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Norma wprowadzona przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala na uzupełnienie brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie wskazujące, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów wykonawców, którzy ich nie złożyli należy interpretować możliwie szeroko. Oznacza to, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa się zarówno wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak również wykonawców, którzy złożyli oświadczenia i dokumenty, ale z których treści wynika, że nie spełniają określonych warunków udziału w postępowaniu, w tym także warunków przedmiotowych.

W przypadku braków lub błędów w dokumentach przedmiotowych Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 154/12).

#### **65. Sygn. akt: KIO 2365/14, KIO 2366/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż ustalenia w przedmiocie kwalifikacji charakteru czy statusu prawnego danego dokumentu, jako części oferty w rozumieniu art. 87 i 89 Pzp lub jako tzw. dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – należy przeprowadzać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, w szczególności analizy całości wymagań SIWZ doń się odnoszących, przede wszystkim samej treści dokumentu. W żadnym razie nie można poprzestać na formalnym zakwalifikowaniu i nazwaniu danego dokumentu w specyfikacji przez zamawiającego. W systemie polskiego prawa cywilnego zasada nominalizmu nie obowiązuje – o kwalifikacji danej czynności przesądza raczej jej treść i rzeczywiste znaczenie, a nie nazwa tej czynności nadana jej przez strony. Przy czym zaznaczyć należy, iż rozróżnienie takie jest istotne ze względu na następczą ocenę możliwości zastosowania instytucji opisanych w art. 87 (w tym uwzględnienia zakazu zmian treści oferty wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2) lub w art. 26 ust 3 ustawy, według którego dopuszczalne jest pełne uzupełnienie, a nawet wymiana dokumentów przedmiotowych, które nie zostały złożone lub zawierają błędy.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia (w rozumieniu art. 87 i 89 ustawy). W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... etc., spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

#### **66. Sygn. akt: KIO 2645/14, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r.**

Podkreślenia wymaga wreszcie, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi [katalogi, ulotki, świadectwa zgodności, certyfikaty, czy wydruki z odpowiednich stron internetowych] a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców, zdając się wtedy na własną znajomość przedmiotu czy nawet posiłkując się pomocą biegłego. Każdy z wymienionych środków jest pełnowartościowym sposobem prezentacji oferty, miarodajnym dla zbadania jej zgodności z SIWZ. W analizowanym postępowaniu Zamawiający postawił jednak wymaganie udokumentowania w określony

sposób zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ a w konsekwencji te wymagania Zamawiający winien z pełną starannością egzekwować.

Przypomnienia przy tym wymaga, że zasadą jest, że zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne wymaga tylko informacji i dokumentów, jakie są niezbędne w tym postępowaniu. Każde wymaganie powinno mieć racjonalne uzasadnienie w potrzebie posiadania pewnych informacji, niezbędnych dla oceny oferty. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1, zd. pierwsze ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jeśli zatem Zamawiający wymagał złożenia wydruku z odpowiednich stron i nadał takim wydrukowi charakter dokumentu potwierdzającego, że oferowany sprzęt spełniają postawione wymagania, to należy uznać, że dokumenty wskazane w SIWZ powinny zostać przez wykonawców złożone. Niezłożenie takich dokumentów, potwierdzających stan na dzień składania ofert powinno skutkować uznaniem, że wykonawca nie wykazał, że oferowany przedmiot spełnia postawione wymagania. Przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu praktyka, polegająca na samodzielnym zbadaniu spełnienia przez przedmiot oferowany przez Przystępującego postawionych wymagań, jakkolwiek świadczy o życzliwej postawie Zamawiającego to w istocie wyraża się wyręceniem wykonawcy w potwierdzeniu walorów oferowanego przedmiotu, czemu jednak sprzeciwia się zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także brzmienie opracowanej przez Zamawiającego SIWZ. Stąd oferta wykonawcy, co do której nie złożono wymaganego w postępowaniu wydruku potwierdzającego stan na dzień składania ofert, finalnie powinna być uznana za niezgodną z SIWZ, a w konsekwencji – podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

### **Art. 26 ust. 2b**

#### **67. Sygn. akt: KIO 1291/14, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2014 r.**

(...) załączone do oferty Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter generalny i w żaden sposób nie może potwierdzać realności udostępnienia Odwołującemu potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego pomimo przywołania nazwy konkretnego, niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi *de facto* jedynie przytoczenie dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tymczasem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków wykazywanych przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. Nie można w tym zakresie pominąć regulacji zawartych w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – *przyj. red.*], zgodnie którymi aktualnie, dla wykazania rzeczywistego dostępu do określonych zasobów podmiotu trzeciego, konieczne jest wykazanie innych szczególnych elementów wskazujących na realność tego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności poprzez określenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe ma szczególne znaczenie przy potencjale wiedzy i doświadczenia, który z natury rzeczy ma charakter intelektualny i ściśle związany z danym, konkretnym przedsiębiorstwem, które wprost uzyskało określoną wiedzę i doświadczenie.

W przedmiotowej sprawie żadne z tych elementów w treści oferty Odwołującego nie były wykazane. Odwołujący także w wyniku wezwania do wyjaśnienia dokumentów przez Zama-

wiającego, jak i w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie wykazał Zamawiającemu możliwości realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Okoliczność spokrewnienia obydwu przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą (wykonawcy i podmiotu trzeciego) była wykazywana przez Odwołującego dopiero w treści odwołania.

**68. Sygn. akt: KIO 1327/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

(...) Przystępujący nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, na doświadczenie którego się powołał, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby, zobowiązanie wykonawcy (...) S.A. nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów tego podmiotu, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Uwzględniając specyfikę przedmiotowego zamówienia, skomplikowany charakter robót, nie sposób uznać, iż rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, tj. doświadczenia w budowie lub przebudowie określonego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej, o charakterze użyteczności publicznej sprowadzałyby się wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego w zakresie wykonania robót budowlanych. Zdaniem Izby, aby można było mówić w realiach przedmiotowego postępowania o rzeczywistym dostępie do zasobów podmiotu trzeciego, udział w realizacji zamówienia musiałby się sprowadzać do jego faktycznego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, a nie wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego. W ocenie Izby takie formy udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, przy realizacji tego rodzaju zamówienia, nie mogą prowadzić do wniosku, że wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego dysponuje tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia.

**69. Sygn. akt: KIO 1308/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r.**

Oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, stanowiące załącznik nr 1 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014 r. nie zostało żaden sposób potwierdzone co do określenia zakresu udostępnienia przedsiębiorstwa dla potrzeb tego zamówienia, okresu tego świadczenia, relacji, jaka będzie łączyć podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą. (...)

Niewątpliwie to na wykonawcy, jako na podmiocie bezpośrednio zainteresowanym wygranym przetargu, spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków z art. 22 Pzp, zatem to on jest adresatem norm zobowiązujących go do udowodnienia zamawiającemu iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym postępowaniu nic takiego nie miało miejsca. Przystępujący na pytanie Izby w tej kwestii na rozprawie oświadczył, że będzie to sposób, cyt. jak najszerzy, polegający na realnym uzyskaniu wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, natomiast jeśli chodzi o formę to nie wyklucza żadnej formy z wyłączeniem podwykonawstwa.

**70. Sygn. akt: KIO 1379/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.**

(...) wykonawca (...) Sp. z o. o., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie powoływał się na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie Odwołujący w wykazie sprzętu, jako podstawę dysponowania autobusami wskazał dzierżawę oraz leasing, co nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. (...)

Przyjęcie argumentacji Zamawiającego musiałoby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu. Należy zauważyć, iż przez umowę dzierżawy, wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Analogicznie w przypadku umowy leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobie-

rania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają Odwołującemu wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi autobusami) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

### **71. Sygn. akt: KIO 1368/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.**

Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił” dostępność zasobów, na które się powołuje poprzez złożenie stosownych dowodów. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). (...)

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a w konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania, tj. „oddania do dyspozycji”, a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby”. (...)

To w treści przedłożonego zobowiązania, podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie – czy to w ramach podwykonawstwa czy to w ramach udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia. Skoro Zamawiający nie ma wiedzy ani niezbędnych informacji, w jaki sposób podmiot trzeci będzie wykonywał swoje zobowiązanie, to w konsekwencji nie może ocenić czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i Odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi Odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym razie poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

### **72. Sygn. akt: KIO 1469/14, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r.**

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.



Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich – formę pisemnego zobowiązania. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia pisemności. Z tego względu, posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest sięgnięcie do przepisów kodeksu cywilnego. I tak, przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku [Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.] Kodeks cywilny przewiduje, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, przy czym oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Powyższe oznacza zatem, że kwestie interpretacyjne w zakresie obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

### **73. Sygn. akt: KIO 1670/14, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2014 r.**

Zarzut odwołania dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, zdaniem Izby, potwierdził się. Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia, pomimo iż wskazany podmiot nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, nie udowadniając Zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powoływał się. Wskazane wykluczenie z postępowania powinno nastąpić w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Pierwszy z wymienionych przepisów ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu w ofercie, a najpóźniej w toku czynności badania i oceny ofert (w przypadku trybów wieloetapowych – we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a najpóźniej w toku oceny tych wniosków) spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym także warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. warunku wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ w niniejszym postępowaniu. Wykazanie spełnienia tych warunków następuje poprzez przedłożenie zamawiającemu właściwych, wymaganych w danym postępowaniu dokumentów. Zasadą wynikającą z regulacji ustawy Pzp jest posługiwanie się dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu potencjałem własnym wykonawców. Jeśli jednak wykonawca takim potencjałem nie dysponuje może posłużyć się w tym zakresie także potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten w aktualnym brzmieniu stanowi o możliwości powoływania się przez wykonawcę na określony potencjał podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących podmiot trzeci z wykonawcą stosunków. Ustawodawca wskazał jednakże, że w takiej sytuacji do obowiązków wykonawcy należy udowodnienie zamawiającemu okoliczności dysponowania takim zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, wskazując na szczególny dowód, mianowicie pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten – podobnie jak art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – wskazuje na określony ciężar dowodowy wiążący się z wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy udziale (pomocy) podmiotu trzeciego, właśnie przez wykonawcę. Z tych też względów zamawiający nie ma uprawnień do przyjmowania w tym zakresie jakichkolwiek domniemań czy założeń – musi mieć pewność, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także, iż wykazał dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.



Przy korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego wykonawca dodatkowo – stosownie do przywołanej regulacji – ma obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował udostępnianym mu potencjałem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe – zdaniem Izby – wprost wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko Odwoływającego, że interpretacja tego przepisu uległa znaczącej zmianie po wejściu w życie rozporządzenia w sprawie dokumentów w 2013 r. [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – *przyp. red.*]. Zmiana ta miała istotne znaczenie także dla praktyki orzeczniczej związanej z interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Rozporządzenie to w § 1 ust. 6 wskazuje na badanie przez zamawiającego możliwości rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Regulacja ta przewiduje możliwość żądania w tym zakresie także dodatkowych dokumentów i informacji od wykonawców, w tym w szczególności dotyczących:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego;
- sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim;
- zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować udostępnianym mu w sposób konkretny i realny, określonym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia. Z tych też względów konieczne w danych okolicznościach może okazać się wykazanie konkretnego sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego czy też nawet kwestii udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Dopiero ocena dokumentów odnoszących się co najmniej do w/w okoliczności może potwierdzić zamawiającemu fakt, że dany wykonawca w sposób obiektywny i faktyczny będzie miał realną możliwość korzystania z udostępnianego mu przez podmiot trzeci potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów, potwierdzających, np. uzyskanie w ramach konkretnego wykonawstwa wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i formalnie podpisanego zobowiązania o udostępnieniu tego doświadczenia wykonawcy, lecz realna możliwość korzystania z określonych umiejętności danego podmiotu potwierdzonych konkretną praktyką.

#### **74. Sygn. akt: KIO 1698/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r.**

Postanowienia obowiązującego przepisu (art. 26 ust. 2b ustawy) wskazują na konieczność udowodnienia Zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przez przedstawianie Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotów (udostępniających potencjał) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych,

w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy co prawda stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, co jednak nie oznacza, iż ocena charakteru i wagi tych stosunków, nie może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Dla przykładu: innego rodzaju dowodów i zakresu staranności w dowodzeniu możliwości dysponowania potencjałem należało będzie oczekiwać od podmiotów ze sobą niepowiązanych, a na innym poprzestać w przypadku podmiotów pozostających ze sobą w ścisłych związkach kapitałowych, rodzinnych, ...etc. Przyjąć można, iż w niektórych przypadkach samo wykazanie tego typu powiązań pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby, stanowiło będzie wystarczający dowód możliwości dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 września 2013 roku sygn. akt KIO 2030/13).

W przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Zaznaczyć należy, że każdorazowo, w każdej sprawie należy dokonywać oceny dowodów złożonych w celu wykazania udostępnienia potencjału.

#### **75. Sygn. akt: KIO 1767/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.**

Izba wskazuje, że podstawą wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczących wiedzy i doświadczenia) jest własny zasób wykonawcy (wykonawców), natomiast poleganie na zasobach innych podmiotów jest wyjątkiem od zasady posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawców. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wskazania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Wykaz oświadczeń i dokumentów został przedstawiony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.].

W przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, wykonawca zobowiązany jest z mocy ustawy (przepisu art. 26 ust. 2b Pzp) udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Obowiązek udowodnienia wynikający z art. 26 ust. 2b Pzp, a więc potwierdzenia dowodami, udostępnienia zasobów przez inny podmiot, pozostaje w gestii wykonawcy ze względu na otwarty katalog środków dowodzenia. Wykonawca ma wybór co do możliwości posłużenia się dowodami, przy pomocy których udowodni zamawiającemu spełnienie przesłanek wynikających z przepisu. Natomiast decyzyjność (ocena), co do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami, należy do zamawiającego.

W zakresie oceny udostępnienia zasobów przez inne podmioty, szczególną uwagę zwraca się na udowodnienie realności udostępniania zasobów, co wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz dysponowaniem przez wykonawcę

określonymi zasobami tego podmiotu w czasie realizacji zamówienia. Zatem, wymagane na mocy art. 26 ust. 2b Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez inny podmiot, służy wykazaniu realności udostępnienia zasobów, tj. udowodnieniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia. Obowiązek udowodnienia realności udostępnienia zasobów wiąże się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc wyłonieniem wiarygodnego wykonawcy, któremu zamawiający powierzy wykonanie zamówienia.

## **76. Sygn. akt: KIO 1840/14, Wyrok KIO z dnia 18 września 2014 r.**

Wykonawca musi udowodnić, że będzie faktycznie korzystał lub mógł korzystać z zasobów podmiotów trzecich, a wykazanie tych okoliczności możliwe jest poprzez wskazanie treści zobowiązania do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Z treści zobowiązania powinno wynikać jednoznaczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy, a ponadto powinien zostać skonkretyzowany rodzaj udostępnianych zasobów oraz sposób ich udostępnienia.

Należy zauważyć, że z treści przedstawionej przez Odwołującego umowy wynika fakt współpracy pomiędzy Odwołującym a X S.A. Treść umowy jest jednak bardzo ogólna. Odnosi się ona do całokształtu współpracy podmiotów, które zawarły umowę, jednakże bez sprecyzowania szczegółowych warunków, na jakich ta współpraca miałaby się odbywać, jak również bez wiążących zobowiązań stron umowy, określających w szczególności zasady udostępniania zasobów stron. Brak jest także w treści umowy zapisów, które w jakikolwiek sposób odnosiłyby się do niniejszego postępowania.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że postanowienia umowy dotyczą jedynie ogólnej formy współpracy, jednakże treść tej umowy nie pozwala na uznanie, że zawiera ona wiążące zobowiązanie, na podstawie którego Odwołującemu udostępnione zostałyby zasoby przez drugą stronę umowy, z określeniem rodzaju udostępnianych zasobów i sposobu ich udostępnienia w niniejszym postępowaniu. Za takie zobowiązanie nie może zostać uznana deklaracja, jaka zawarta jest w pkt 1 umowy. Zgodnie z tą deklaracją, „X może w ramach art. 26 ust. 2b) ww. ustawy (tj. ustawy Prawo zamówień publicznych) udzielić Y Wsparcia, tak w trakcie procedury przetargowej, jak i w zależności od sytuacji w trakcie realizacji robót budowlanych, obejmującego, lecz nie wyłącznie, pomoc i wsparcie dotyczące zagadnień technicznych, działalności gospodarczej oraz zarządzania, wraz z referencjami, które X pozyskał w trakcie prowadzonej działalności.” W ocenie Izby, jest ogólną deklaracją ewentualnej pomocy, jaka mogłaby zostać udzielona Odwołującemu, jednakże z uwagi na okoliczność, że nie odnosi się do niniejszego postępowania, brak jest podstaw do uznania, że stanowi on podstawę do udostępnienia zasobów, niezbędnych do wykonania zamówienia, którego udzielenie jest przedmiotem niniejszego postępowania. Z treści powołanego zapisu umowy wynika, że X S.A., może, ale nie musi udzielić wsparcia Odwołującemu. Oznacza to, że udzielenie tego wsparcia (pomijając brak konkretnych zapisów w umowie, opisujących, na czym wsparcie to ma polegać) uzależnione jest wyłącznie od woli X S.A. Dodatkowo umowa określa, że wsparcie ma zostać udzielone „w zależności od sytuacji”, co dodatkowo wskazuje, że Odwołujący nie może zażądać udzielenia tego wsparcia, a o udzieleniu wsparcia decydować będzie wyłącznie X S.A. Wyłączne uprawnienie X S.A. do uznania, czy Odwołującemu może zostać udzielone jakiegokolwiek wsparcia, wynika także wprost z pkt 2 umowy. Z powyższych zapisów umowy wynika więc, że Zamawiający nie ma pewności, że na każdym etapie realizacji zamówienia będzie udzielona Odwołującemu pomoc czy wsparcie, zapewniające zasoby niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Co więcej, postanowienia umowy zawierają jedynie ogólne stwierdzenia i hasła, które nie niosą za sobą żadnej skonkretyzowanej treści. Z treści umowy nie wynika, na czym konkretnie wsparcie to ma polegać. Co naj-

ważniejsze, zapisy umowy nie wskazują na żaden konkretny sposób udzielenia wsparcia (udostępnienia zasobów) i współpracy stron. Stwierdzenie, że wsparcie może dotyczyć zagadnień technicznych, działalność gospodarczej oraz zarządzenia, jest na tyle ogólne, że mogłoby znaleźć się w oświadczeniu każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Jednakże z treści tego stwierdzenia nie wynika, jaki dokładnie jest zakres wsparcia, które miałyby zostać udzielone. Należy więc stwierdzić, że umowa stanowi jedynie dokument potwierdzający ogólny zamiar współpracy pomiędzy stronami.

#### **77. Sygn. akt: KIO 1898/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp, jako wynik implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest z mocy ustawy – wskazanego przepisu – udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. (...)

W zakresie oceny udostępnienia zasobów przez inne podmioty, szczególną uwagę zwraca się na realność udostępniania zasobów, co wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz dysponowaniem przez wykonawcę określonymi zasobami tego podmiotu w czasie realizacji zamówienia. Zatem, wymagane na mocy art. 26 ust. 2b Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez inny podmiot, służy wykazaniu realności udostępnienia zasobów, tj. wykazaniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia. Obowiązek udowodnienia realności udostępnienia zasobów wiąże się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc wyłonieniem wiarygodnego wykonawcy, któremu zamawiający powierzy wykonanie zamówienia.

Przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – przyp. red.], stanowi, że – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać: „2) dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.” Przedstawiony przepis wskazuje kierunki dowodzenia wykonawcy. Zatem, wykonawca może i powinien wykazywać: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia (wyrok Izby z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt KIO 2030/13).

#### **78. Sygn. akt: KIO 2156/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

Złożone przez odwołującego w pkt II ppkt 5 Formularza oferty jednoznaczne oświadczenie, a także złożone przez odwołującego wraz z ofertą dokumenty odnoszące się do wskazanych jako podwykonawcy podmiotów potwierdzały, że zamiarem odwołującego było wyka-



zanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobu osobowego w oparciu o potencjał tych podmiotów – podwykonawców.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera wprost definicji „podwykonawcy” toteż sięgnąć należy do rozumienia tego pojęcia na gruncie języka polskiego – „podwykonawca” zaś to „firma lub osoba wykonująca pracę na zlecenie głównego wykonawcy”, a nadto do definicji legalnej „umowy o podwykonawstwo” zawartej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, w której mowa jest także o podwykonawcy – przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć „umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcom a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku robót budowlanych także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami”. Odwołujący jako profesjonalny uczestnik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawca rynku zamówień publicznych nie mógł, składając oświadczenie nie uwzględniać wskazanego powyżej sposobu rozumienia „podwykonawcy”, tj. jako podmiotu, który wykonywać będzie na zlecenie wykonawcy część zamówienia publicznego. (...)

Wobec jednoznacznego oświadczenia złożonego przez odwołującego w pkt II ppkt 5 Formularza oferty oraz wobec zaniechania uzupełnienia – na wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2014 r. dokumentów podmiotowych odnoszących się do 4 wskazanych w tym Formularzu podwykonawców, co warunkowało możliwość powołania się przez odwołującego na zasoby tych podmiotów uznać należy, że odwołujący nie wykazał w sposób opisany przez zamawiającego w pkt 6.1.11 dysponowania zasobami osobowymi tych podmiotów – podwykonawców, co obliżowało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

### **79. Sygn. akt: KIO 2182/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r.**

Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp, jeżeli wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tym zasobem, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a oddane przez podmiot trzeci konkretne zasoby będą wykorzystane przez wykonawcę zamówienia przy jego realizacji. Wskazany przepis ustawy Pzp, jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.*], dają adresatom wskazanej normy wytyczne, wskazujące na ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, który posługuje się takim potencjałem, wykazania realnego dysponowania potencjałem, który będzie mógł być, także w sposób realny, w danych, konkretnych warunkach, wykorzystywany w trakcie realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepisy te nie wymagają wprost uczestnictwa przy realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi bowiem o możliwości korzystania z niezbędnych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a nie uczestnictwie podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Taka forma korzystania z potencjału podmiotu trzeciego (podwykonawstwo), biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne konkretnej sprawy (uwzględniając w szczególności rodzaj udostępnianego potencjału, charakter przedmiotu danego zamówienia, sposób realizacji zamówienia, czy choćby stosunki łączące podmiot trzeci z wykonawcą) może też być wprost niezbędna dla wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Izba, biorąc pod uwagę przede wszystkim charakter usług objętych niniejszym zamówieniem, w okolicznościach niniejszej sprawy, uznała, że wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego nie musi łączyć się z podwykonawstwem. W tym przypadku jednak – zdaniem Izby – Przystępujący w wystarczający sposób nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie ów potencjał w rzeczywisty sposób wykorzystywał w toku realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia. Załączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego w swej treści wskazuje wyłącznie, iż sposób udostępniania wiedzy i doświadczenia będzie odbywał się poprzez doradztwo i konsultacje. Takie gołosłowne stwierdzenie sposobu wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, w ocenie Izby, sprowadza się wyłącznie do wskazania w sposób formalny sposobu wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego tylko w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez skonkretyzowania, na czym faktycznie miałyby polegać wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w toku realizacji zamówienia. Przystępujący nawet w toku postępowania odwoławczego wręcz wskazywał, że ów potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego był mu potrzebny jedynie dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności mając na względzie wymaganą przez Zamawiającego wartość zamówienia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W treści oferty Przystępującego nie wykazano w żaden sposób, aby ów potencjał podmiotu trzeciego mógł być w jakikolwiek sposób wykorzystywany przy realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż wykazanie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego obciąża wykonawcę wobec zamawiającego. Tak więc wykonawca posługujący się potencjałem podmiotu trzeciego powinien powyższe wykazać zamawiającemu, tj. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, najpóźniej na dzień składania ofert. Wykazywanie przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego i to jedynie poprzez oświadczenia składane w tym zakresie przez wykonawcę, że dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w niniejszej sprawie nastąpi poprzez doradztwo i konsultacje świadczone przez pracowników podmiotu trzeciego Przystępującego, zaś w trakcie realizacji zamówienia dla jego należytego wykonania będzie Przystępującemu potrzebna choćby organizacja realizacji usługi w trakcie jej wykonywania, należy uznać za spóźnione. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest bowiem przez zamawiającego w toku postępowania (czynność badania i oceny ofert) w oparciu o treść oferty wykonawcy i ewentualnie uzupełnione na żądanie zamawiającego dokumenty w tym zakresie (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy choćby wyjaśnienia dokumentów, złożone także na żądanie zamawiającego (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Izba zaś w ramach rozpoznawania środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, dokonuje oceny prawidłowości określonych czynności czy zaniechań zamawiającego w zakresie zaskarżenia zawartego w odwołaniu. Ocenie Izby podlegają zatem czynności zamawiającego dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **80. Sygn. akt: KIO 2272/14, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2014 r.**

Izba stwierdziła, że przedstawione zobowiązanie X Sp. z o.o. w zakresie spornym nie spełnia wymaganego warunku, albowiem zostało opatrzone tylko jednym własnoręcznym podpisem wiceprezesa zarządu tej spółki – Lesława M., podpis drugiego członka zarządu – Prezesa zarządu, Marcina M. był jedynie kopią (skanem) podpisu tej osoby. Zgodnie z zasadami reprezentacji X Sp. z o.o. w W. [informacja z KRS dotycząca X Sp. z o.o. potwierdzona w treści zobowiązania], do skutecznego składania oświadczeń woli w imieniu tej spółki wymagane jest łączne działanie dwóch członków zarządu Lesława M. [wiceprezes zarządu] i Maurera M. [prezes zarządu] (*vide*: informacja z KRS.). Izba, podkreśla, że dla skutecznego złożenia oświadczenia w imieniu udostępniającej zasoby spółki, pisemne zobowiązanie stosownie do



postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak również pkt IV.4 specyfikacji, wymagało własnoręcznego podpisu obu członków zarządu pod osnową oświadczenia woli o udostępnieniu zasobów, w tym przypadku kadrowych. Izba zauważa dodatkowo, że kwestie współwłasności w spółce X” sp. z o.o., chociażby na gruncie prawa handlowego nie mogą uprawniać spółki Y sp. z o.o. do swobodnego dysponowania składnikami materialnymi i niematerialnymi przeznaczonymi do prowadzenia działalności gospodarczej spółki X.

W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie mogło być złożone przez pana Marcina M. w imieniu spółki X w sposób konkludentny, dlatego tylko, że jest on jednocześnie prezesem zarządu tego podmiotu trzeciego i spółki Y oraz, że wnosząca odwołanie spółka jest „większościowym udziałowcem” w podmiocie trzecim. Także fakt złożenia oferty w postępowaniu oraz nawet hipotetyczne [nieudowodnione] wyrażenie przez pana Marcina M. [prezesa zarządu obu spółek] zgody na umieszczenie skanu podpisu nie jest wystarczające dla uznania, wykazania, że Odwołujący dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że sporne zobowiązanie zostało złożone skutkiem uprzedniego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp bez zachowania wymaganej pisemnej formy [zostało bezspornie nieprawidłowo podpisane], a tym samym wykonawca nie może domagać się kolejnego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem złożenia kolejnego [trzeciego] załącznika nr 6 podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji X Sp. o.o. Zamawiający kierując takie kolejne wezwanie o uzupełnienie nieprawidłowego dokumentu, naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, na co wskazuje m.in. jedno z ostatnich orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 Cartiera dell’ Adda. W punkcie 42 tego wyroku Trybunał stwierdził, że instytucja zamawiająca zobowiązana jest ściśle przestrzegać wyznaczonych przez siebie kryteriów, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane w dokumentacji przetargowej pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ten obowiązek – jak podkreślono w orzeczeniu w jego punkcie 43 – ciążyący na instytucjach zamawiających mieści się w ramach zasady równego traktowania i wynikającego z niego obowiązku przejrzystości obowiązujących te instytucje.

### **81. Sygn. akt: KIO 2270/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Wbrew stanowisku Odwołującego Izba stwierdziła, że na potwierdzenie spełnienia dysponowania potencjałem ekonomiczno-finansowym także w sytuacji, gdy wykonawca opiera się przy wykazywaniu spełnienia tego warunku na potencjale podmiotu trzeciego – koniecznym jest przedłożenie dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.*] (informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy). Dokument ten powinien dotyczyć wykonawcy, jeśli samodzielnie wykazuje on spełnianie wskazanego warunku udziału w postępowaniu albo podmiotu trzeciego, jeśli wykonawca na jego potencjale opiera swoje wykazywanie spełnienia warunku ekonomiczno-finansowego. Dodatkowo, jeśli wykonawca powołuje się przy spełnianiu warunków udziału na potencjał podmiotu trzeciego powinien przedłożyć dokumenty, z których będzie wynikało – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – że podmiot trzeci wiarygodnie udostępnił wykonawcy ten potencjał, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a ponadto będzie on wykorzystywany przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Tak więc nawet brak określenia przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ żądania szczególnych, innych dokumentów na potwierdzenie realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego jakim jest zdolność ekonomiczna i finansowa, zda-

niem Izby, pozwala Zamawiającemu na możliwość oceny i weryfikacji przedłożonych przez wykonawcę dokumentów (np. treści zobowiązania podmiotu trzeciego) pod kątem realności udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci swojego potencjału.

Tak więc w przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby, Zamawiający posiadał uprawnienie do weryfikacji u Odwołującego realności udzielonej mu przez podmiot trzeci pożyczki, uwzględniając w tym zakresie treść zobowiązania podmiotu trzeciego zawartego w tym przypadku w przedłożonej umowie pożyczki. Umowa pożyczki, załączona do oferty Odwołującego zakładała bowiem przekazanie na rzecz Odwołującego środków finansowych po wygraniu innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niż niniejsze postępowanie prowadzone przez Zamawiającego. Zamawiający więc mógł mieć w tym zakresie uzasadnione wątpliwości, czy wskazana kwota zostanie przeznaczona na potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Nie miał natomiast prawa Zamawiający żądania od Odwołującego wykazania, że na moment upływu terminu składania ofert fizycznie Odwołujący dysponował wskazaną kwotą. Istotne jest, że do oferty Odwołującego został załączony dokument – informacja z banku, który potwierdzał dysponowanie przez podmiot trzeci na dzień składania ofert wymaganą w ramach opisu warunku finansowego kwotą (200 000 zł) oraz okoliczność, iż na dzień upływu terminu składania ofert podmiot trzeci zobowiązał się do udostępniania Odwołującemu wskazanej kwoty.

## **82. Sygn. akt: KIO 2295/14, KIO 2305/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r.**

Na wstępie należy zauważyć, że dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił” dostępność zasobów, na które się powołuje poprzez złożenie stosownych dowodów. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). Należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność doboru środków dowodowych w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego. To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołujący się na art. 26 ust. 2b Pzp musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Ustawodawca wskazuje jedynie przykładowo na „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania ...”. I nie chodzi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o „dokument w formie pisemnej” wystawiony przez podmiot trzeci, ale o „zobowiązanie” podmiotu trzeciego wyrażone w formie pisemnej. Zobowiązanie jest zaś rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń,

czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, w ograniczonym zakresie o jednostronne czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących zobowiązanie. W konsekwencji, wykonawca, przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego, ma obowiązek i prawo przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a w konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów.

### **83. Sygn. akt: KIO 2285/14, KIO 2328/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Z przywołanych norm płynie wniosek, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz dokumenty jakich żąda zamawiający służą ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do ustalenia, czy pomimo braku własnego doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Jest to konieczne dla zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie byłoby bowiem do pogodzenia z tymi zasadami dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zdaje się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań Zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia.

Konkludując, w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie jest wystarczającym przedstawienie Zamawiającemu potencjału spełniającego warunki udziału w postępowaniu, koniecznym jest również udowodnienie możliwości jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych za niewystarczające uznaje się przywołanie jedynie normy z art. 26 ust. 2b ustawy dla wykazania realności udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, że realność – w ślad za ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (por. wyrok KIO sygn. akt. 2654/13 z dnia 29.11.2013 r.). Stąd przy rozstrzygnięciu skuteczności udostępnienia zasobu dla potrzeb realizacji zamówienia publicznego niezbędnym jest odniesienie się do właściwych dla danego wykonawcy okoliczności, jego założeń przyjętych w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i samej treści zobowiązania lub innego dokumentu, z którego możliwe jest ustalenie treści oświadczenia podmiotu trzeciego. Nie zawiązując udziału podmiotu wyłącznie do podwykonawstwa (co stałoby w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy), możliwym jest wykazanie każdej formy udziału podmiotu, która dostosowana byłaby do zakresu udzielonego potencjału. Jeżeli wykonawca nie posiada doświadczenia w konkretnej branży, to koniecznym jest zapewnienie rzeczywistego wsparcia przez podmiot trzeci w formie umożliwiającej jego realny wpływ na sposób wykonania zamówienia. Tylko wówczas Zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

**84. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

Izba uznała także argumentację Zamawiającego, że z ogólnego pojęcia „świadczenie usług związanych z utrzymaniem, konserwacją i serwisem gazociągów” nie wynika, na czym miałyby polegać te usługi oraz, czy usługi, do których świadczenia zobowiązuje się X będą odpowiadać tym usługom, które zostały wykazane w ramach wiedzy i doświadczenia na potrzeby niniejszego postępowania. Szczegółowy warunek udziału w postępowaniu (III.2.3) pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu), następnie wskazany przez wykonawcę w treści wykazu wykonanych usług, nie znajduje odzwierciedlenia w zobowiązaniu tego podmiotu trzeciego. Jednocześnie, zasadnie Zamawiający zwrócił uwagę, że podstawą jego oceny była całościowa analiza złożonych przez wykonawcę dokumentów, w tym oświadczenia o wykonaniu czynności serwisowych. Zgodnie z treścią tego oświadczenia wykonawca zobowiązał się do wykonania siłami własnymi czynności, co do których dowodził, iż będzie w ich zakresie korzystał z transferu wiedzy i doświadczenia. Jest to kolejna okoliczność uzasadniająca ocenę, że w istocie nie jest wiadomy, jaki jest konkretny zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, w tym, co i w jakim zakresie będzie bezpośrednio realizował ten podmiot (posiadający wymaganą wiedzę i doświadczenie), a co wykonawca (nie spełniający samodzielnie wymogów w zakresie kwalifikacji technicznych warunkujących możliwość ubiegania się o niniejsze zamówienie). Przedmiotowe okoliczności, kluczowe dla uznania realności udostępnienia zasobu powinny wynikać w sposób jednoznaczny z treści zobowiązania. Nie powinny być one wynikiem interpretacji, podporządkowanej jednocześnie twierdzeniom wykonawcy.

**85. Sygn. akt: KIO 2558/14, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014 r.**

Należy zauważyć, iż przez umowę leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobierania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby takie umowy, jak umowa dzierżawy, czy też umowa leasingu zapewniają wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą, brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi, np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu właściciela i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Mając na względzie powyższe, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, iż Konsorcjum (...) wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

**Art. 26 ust. 3****86. Sygn. akt: KIO 1208/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r.**

Wezwanie do uzupełniania dokumentów powinno szczegółowo, precyzyjnie, w sposób jednoznaczny wskazywać, co do jakich dokumentów (bądź braków dokumentów) załączonych do oferty Zamawiając ma zastrzeżenia. W przypadku niewykazania w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić, jakiego dokumentu brakuje, na potwierdzenie którego z warunków, bądź w jakim dokumencie jest błąd, względnie czy dokument nie potwierdza spełnienia danego warunku. Zamawiający powinien wskazać, czy błąd/nieścisłość/brak upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających. Jedynie precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może

prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opis formy dokumentów, które Zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...).

#### **87. Sygn. akt: KIO 1252/14, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2014 r.**

Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – powyższe dokumenty należało traktować jako dokumenty składane na potwierdzenie zaoferowanych w ofercie parametrów technicznych. W związku z czym, jak najbardziej zasadne było zastosowanie przez zamawiającego, w odniesieniu do tych dokumentów przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu, nie została dokonana zmiana treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jak to podnosił odwołujący, gdyż treść oświadczeń woli przystępującego, co do oferowanych parametrów nie została zmieniona. Uzupełnione zostały jedynie dokumenty potwierdzające spełnienie wymaganych i potwierdzonych oświadczeniem parametrów.

#### **88. Sygn. akt: KIO 1469/14, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r.**

Dostrzeżenia następnie wymaga, że w orzecznictwie podkreśla się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreśla się, także, że w wykładni art. 26 ust. 3 została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy Zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, w jednym wezwaniu wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować [tak wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. w spr. II Ca 238/14, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2012 r. w spr. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 732/12, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11].

#### **89. Sygn. akt: KIO 1446/14, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2014 r.**

W ocenie Izby co do zasady można przyznać rację zamawiającemu, który uważa, że wezwanie może być jednokrotne. Niemniej zamawiający tę zasadę generalizuje twierdząc, że niezależnie od okoliczności dany dokument można uzupełniać zawsze tylko jeden raz i to niezależnie ile wad dany dokument zawiera i czy wszystkie wady są wymienione za pierwszym razem. W związku z tym Izba w przedmiotowej sprawie nie podziela tego poglądu, ponieważ odwołujący tak jak każdy inny wykonawca, jeżeli jest wzywany do naprawienia oferty to powinien być poinformowany przez zamawiającego na czym wadliwość dokumentu polega. Tym samym wykonawca nie ma obowiązku domyślać się na czym polega wadliwość złożonego dokumentu. Natomiast, jeżeli zamawiający za pierwszym razem nie wymieni wszystkich wadliwości dokumentu to jego uzupełnianie może następować więcej jak jeden raz.

#### **90. Sygn. akt: KIO 1780/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r.**

Dokument składany w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 nie jest oświadczeniem wykonawcy, stanowi on dokument składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu postępowania, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz



form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – *przyp. red.*]. Do tego dokumentu stosuje się zatem ogólne reguły dotyczące oferty i dokumentów składanych w postępowaniu. Dla zachowania formy nie bez znaczenia są także ustanowione w konkretnym postępowaniu – w wezwaniu kierowanym do wykonawcy – reguły i terminy uzupełnienia dokumentu na wezwanie Zamawiającego. W pierwszym rzędzie należy zatem poddać analizie treść wezwania, jakie w konkretnej sytuacji kieruje Zamawiający do wykonawcy, ono to bowiem wskazuje w jakim terminie należy złożyć dokument w wymaganej formie. Ponadto, należy uznać uzupełnienie za skuteczne, jeśli Zamawiający zdecyduje się na złagodzenie formy wymaganej treścią § 7 ust. 1 powołanego Rozporządzenia, poprzestając, przykładowo na przesłaniu w oznaczonym terminie jedynie faksu lub przesyłki pocztą elektroniczną, albo wskaże, że zadowolony jest przesłaniem w oznaczonym terminie faksu lub poczty elektronicznej zawierającej stosowne uzupełnienie, przy potwierdzeniu w określonym czasie tych dokumentów w postaci pisemnej [w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem], a wykonawca stosuje się do tak określonego wezwania. Nie sposób podzielić stanowiska, że wezwanie, w części w jakiej wskazuje na uzupełnienie w łagodniejszej [przykładowo, dopuszczonej w art. 27 ust. 2 ustawy formie elektronicznej lub faksowej] nie jest skuteczne, z uwagi na niezachowanie wymaganej treścią § 7 ust. 1 powołanego Rozporządzenia formy. Jeśli w konkretnym postępowaniu Zamawiający, kierując się zasadą szybkości i efektywności komunikacji, przykładowo, uwzględniając, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy ulokowani w pewnej odległości od jego siedziby a nawet spoza kraju, dla których fizyczne dostarczenie w określonym terminie dokumentu w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem może być kłopotliwe, wprowadzi możliwość uzupełnienia dokumentów w postaci bardziej życzliwej, tj. w formie faksu lub skanu dokumentu przesyłanego pocztą elektroniczną, to nie sposób powyższego lekceważyć i uznać, że w tej mierze wezwanie nie wywołuje żadnych skutków. Każdorazowo zatem szczegółowej analizie wymaga treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, ono to bowiem wskazuje zarówno formę jak i termin uzupełnienia dokumentów oraz ścieżkę czynności prowadzącą do skutecznego uzupełnienia dokumentów. (...)

Tak jest też w tej sytuacji – wykonawca, który w ostatnich godzinach dnia wyznaczonego na uzupełnienie, poprzedzającego weekend, po godzinach pracy Zamawiającego wysłał wiadomość pocztą elektroniczną, nie ma okazji odebrania potwierdzenia jej wysyłki, czy choćby telefonicznego upewnienia się, że uzupełnienie dotarło. Tym samym, wobec niepotwierdzenia przez Odwołującego efektywnego przesłania wiadomości, oraz wobec zaprzeczenia przez Zamawiającego jej otrzymania, co zostało nadto potwierdzone wydrukami z serwera Zamawiającego, zasadnym było uznanie, że Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 8 sierpnia 2014 r.

#### **91. Sygn. akt: KIO 2122/14, KIO 2128/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

Dokument uzupełniony przez ww. Konsorcjum w dniu 17 września 2014 r. nie potwierdzał, że zakres robót obejmował również branżę sanitarną. Dokument nie zawierał jakiegokolwiek informacji w tym przedmiocie. Należy zatem stwierdzić, że „wezwanie do wyjaśnień” z dnia 29 września 2014 roku w istocie prowadziło do uzupełnienia informacji, która nie została wcześniej zawarta w uzupełnionym dokumencie, czyli prowadziło do ponownego uzupełnienia dokumentu.

Wobec powyższego skład orzekający Izby, uznał za zasadny zarzut Odwołującego, co do tego, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Konsorcjum (...) do uzupełnienia tej samej informacji, przez co naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a która to informacja dotyczyła potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W rzeczywistości wezwanie do wyjaśnień (drugie wezwanie z dnia 29.09.2014 r.) skutkowało i musiało skutkować – w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – złożeniem „nowego” wykazu potwierdzającego spełnienie warunku.



**92. Sygn. akt: KIO 2307/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Nie budzi wątpliwości Izby, iż sformułowane w art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp wymagania odnoszą się do daty zaistnienia materialnych okoliczności, które uzupełniane dokumenty mają potwierdzać, a nie do daty wystawienia bądź sporządzenia dokumentów potwierdzających te okoliczności. Szczególnie eksponowane jest to w przypadku dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – to warunki mają być spełnione przez wykonawcę w dacie składania ofert, natomiast wcale w tej dacie (lub wcześniej) nie muszą być sporządzone potwierdzające taką okoliczność dokumenty.

Tak samo okoliczność, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniały wymagania zamawiającego, musi bezwzględnie materialnie wystąpić już w dacie składania ofert. Natomiast jej wystąpienie, w związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp, może zostać wykazane również po dacie składania ofert, przy pomocy wymaganych w siwz środków dowodowych (dokumentów przedmiotowych), również sporządzonych później. Przy czym zaznaczyć należy, iż dane uzupełnienie dokumentów ma potwierdzać nie tylko samą materialną zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego, ale również potwierdzać fakt, że zgodność ta występowała już w dacie składania ofert.

**93. Sygn. akt: KIO 2312/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r.**

Izba, uznając za zasadny zarzut dotyczący wykazania wiedzy i doświadczenia, uwzględniła odwołanie nakazując jak w sentencji. Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów potwierdzających wymagania SIWZ, z własnej inicjatywy wykonawcy, nie zastępuje obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

**94. Sygn. akt: KIO 2325/14, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2014 r.**

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że próbki produktów, które są składane celem ich oceny w ramach kryterium jakościowego nie są traktowane jako tzw. dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Takie próbki traktowane jako treść oferty. Przedstawione stanowisko prezentowane jest zarówno w orzecznictwie Izby, jak i w piśmiennictwie. Przykładowo należy tu wskazać wyroki Izby z 18 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1320/13, z 9 lipca 2013 r. KIO 1496/13, z 8 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1807/13. W piśmiennictwie wskazuje się, że „inaczej sytuacja wygląda, gdy próbka wymagana jest w celu dokonania na jej podstawie oceny złożonej oferty w ramach np. kryterium jakości, parametrów technicznych, funkcjonalności. W tym przypadku próbka stanowi element oferty i jej uzupełnienie prowadziłoby do niedopuszczalnej na gruncie Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert” (...).

Dostrzeżenia wymagało również, że próbki były kwalifikowane jako „treść oferty” również przez samego zamawiającego w SIWZ. W Rozdziale IX ppkt 3 lit. g wyraźnie bowiem wskazano, że jeżeli próbki nie będą odpowiadać wymogom z ppkt f zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy bez wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

**95. Sygn. akt: KIO 2356/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r.**

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że wykonawca, który został wezwany do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokumentów tych nie uzupełnił bądź też z uzupełnionych dokumentów nadal nie wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, może zostać ponownie wezwany do ich uzupełnienia. Zgodnie z art. 26 ust. 1 *in principio* ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te, co do zasady, należy złożyć wraz z ofertą. Przepis nakładający na wykonawców obowiązek jednoczesnego złożenia dokumentów

wymaganych w postępowaniu stanowi realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczalność uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń po otwarciu ofert stanowi poważny wyłom od tej zasady, a zatem może nastąpić wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez ustawę i nie może być interpretowana rozszerzająco.

Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Celem przepisu art. 26 ust. 3 jest ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w wyniku wezwania nie może nie brać pod uwagę celu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca stanowiąc ten przepis, a ponadto nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby dopuszczalność wielokrotnego wzywania wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do składania dokumentów godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwia nakazanie zamawiającemu wystosowania do odwołującego takiego wezwania.

#### **96. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

(...) ewentualnym sposobem działania mogłoby być skierowanie wezwania do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jednak zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, nie było już dopuszczalne. W niniejszej sprawie, skoro Odwołujący wezwany do uzupełnienia wniosku, zdecydował się, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na potencjale podmiotu trzeciego, to do niego należał obowiązek udowodnienia możliwości dysponowania tym potencjałem przez złożenie co najmniej pisemnego zobowiązania i obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia przez złożenie odpowiednich dokumentów podmiotowych dla tych podmiotów, skoro obowiązek taki Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu. (...).

Nie załączając pierwotnie do wniosku niezbędnych dokumentów, wykonawca wzięła na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia musi złożyć dokumenty prawidłowe, inaczej bowiem podlegałby wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie będzie mu dana kolejna – trzecia – szansa na wykazanie spełniania warunków udziału. Możliwość jedнокrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia odnośnie brakujących lub błędnych dokumentów nie budzi wątpliwości i wielokrotnie potwierdzona została stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (por. wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt KIO 419/12).

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

#### **97. Sygn. akt: KIO 1703/14, Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r.**

W niniejszej sprawie prawdą jest, że Odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą Wykazu zrealizowanych dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Jednakże powyższe, wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie, nie powinno prowokować jakichś negatywnych wniosków i spekulacji, a jedynie spowodować realizację obowiązku Zamawiającego, wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek Zamawiający obowiązek ten zrealizował a Odwołujący mu sprostął, przedstawił bowiem żądany Wykaz oraz Protokół końcowy na okoliczność należytego wykonania spornej, referen-

cyjnej dostawy, to jednak dokumenty te budziły wątpliwości Zamawiającego. Dał temu wyraz wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień (na marginesie należy jedynie dodać, że właściwym trybem prowadzenia wyjaśnień jest ten, określony w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie opisany w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z powodów, o których była mowa powyżej), jednakże jedynie w zakresie wartości spornej dostawy. Odwołujący złożył wyjaśnienia, a dodatkowo załączył ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, z którego wynika (sekcja V.1), że sporne zamówienie zostało udzielone w dniu 20 lipca 2012 r. Inicjatywę dla podania w tym przedmiocie informacji nie tyle stanowiło wyartykułowane przez Zamawiającego wezwanie, ile podanie dat sporządzenia protokołu i wskazanie daty realizacji dostawy w Wykazie dostaw (rok 2014) w treści wezwania.

Mimo, iż Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie należytego wykonania zamówienia, terminu realizacji zamówienia oraz rozbieżności w dacie sporządzenia i podpisania Protokołu, Zamawiający uczynił powyższe podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Działanie Zamawiającego należy uznać za nieuprawnione, w świetle przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a czynność wykluczenia na tamtym etapie postępowania przynajmniej za przedwczesną. Okoliczność, że Zamawiający próbował uzyskać przedmiotowe informacje od podmiotu na rzecz, którego była realizowana dostawa nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień przez zainteresowanego Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający realizując ten obowiązek winien wskazać, w jakim zakresie powziął wątpliwości, tak aby umożliwić wykonawcy ich wyjaśnienie. Zaś za absolutnie niedopuszczalną należy uznać sytuację, jak w niniejszej sprawie, w której Zamawiający nie wzywa Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie terminu realizacji zamówienia i podpisania Protokołu końcowego, czyniąc jednocześnie powyższe podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Brak realizacji przez Zamawiającego ustawowego obowiązku nie może być przyczyną do podjęcia negatywnych decyzji wobec wykonawcy. Skoro ustawodawca zagwarantował wykonawcy możliwość rozwiania wątpliwości co do złożonych dokumentów i oświadczeń, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to Zamawiający uprawnienia tego nie może pomijać.

#### **98. Sygn. akt: KIO 2429/14, KIO 2430/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

Jednocześnie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia stanowiska Odwołującego, że w przypadku wątpliwości, co do rzeczywistych podstaw dysponowania zasobami podmiotów trzecich Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Należy stwierdzić, że Zamawiający zdyskwalifikował dokument przedstawiony przez Odwołującego w oparciu o jego treść, zatem nie było podstaw do żądania złożenia wyjaśnień. Izba w pełni podzieliła argumentację, że w tym przypadku zaistniałe wątpliwości wskazywały na brak w zobowiązaniu treści wymaganych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia. Nie były to więc wątpliwości mogące zostać wyjaśnionymi wskutek oświadczeń wykonawcy, lecz wątpliwości, które nakazywały zdyskwalifikowanie tego dokumentu. Procedura z art. 26 ust. 4 Pzp nie może służyć kreowaniu treści nie zawartych w dokumencie.

#### **Art. 29 ust. 1 i 2**

#### **99. Sygn. akt: KIO 1329/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.**

Na wstępie Izba zaznacza, że nie ulega wątpliwości, że określenie wymaganych i koniecznych parametrów przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją zamawiającego. Przedmiot zamówienia winien być tak opisany, by odzwierciedlał rzeczywiste i racjonalne potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni produkt implementujący nowoczesne rozwiązania technolo-

giczne, adekwatne do celów jakim ma służyć. Fakt, że nie wszyscy wykonawcy będą mogli złożyć ofertę, bo nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego nie stanowi jeszcze o naruszeniu konkurencji. Stosowanie przepisów ustawy Pzp nie może prowadzić do narzucania zamawiającemu zakupów, które nie odzwierciedlają jego potrzeb i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że prawo zamówień publicznych nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a oderwaniu od innego celu jakim jest dokonywanie racjonalnych i celowych zakupów.

#### **100. Sygn. akt: KIO 1493/14, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2014 r.**

Izba wskazuje, że art. 353<sup>1</sup> k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Prawo zamówień publicznych. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowy/umów Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

**101. Sygn. akt: KIO 1591/14, Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2014 r.**

Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie terminów realizacji zamówienia zarówno w części pierwszej jak i w części drugiej. Odwołujący wskazał, że termin realizacji zamówienia opisany przez Zamawiającego jest nierealny oraz wniósł o nakazanie zmiany terminów realizacji zamówienia dla części pierwszej i części drugiej w sposób przez niego wskazany w treści odwołania. Zamawiający odwoływał się w piśmie jak i argumentacji przedstawionej na rozprawie do obowiązków jakie zostały nałożone na niego w wyniku przeprowadzonej kontroli oraz wskazał, że środki na realizację zamówienia pochodzą ze środków własnych spółki (uchwała z dnia 3 czerwca 2014 roku), których realizacja musi odbyć się w roku 2014. W ocenie Izby Odwołujący wskazując na to, że termin realizacji zamówienia jest nierealny, nie podał żadnego argumentu potwierdzającego ową nierealność realizacji. Odniesienie się do procesu technologicznego bez odniesienia się do jakiegokolwiek informacji na temat tego procesu również nie stanowi uzasadnienia dla twierdzenia Odwołującego o nierealności terminów. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia konkurencji co do terminów realizacji zamówienia i w tej części zarzutów odwołania nie uwzględniła.

**102. Sygn. akt: KIO 1635/14, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r.**

(...) Odwołujący nie udowodnił, że terminy wskazane przez Zamawiającego są niemożliwe do dotrzymania.

Odwołujący w odwołaniu wnosił o powołanie biegłego „dla wykazania, iż wskazane przez Zamawiającego w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisach SIWZ terminy wykonania poszczególnych części zamówienia są nierealne, niemożliwe do zachowania”, nie wskazując specjalności, w jakiej biegły miałby być powołany. Izba stwierdziła, że wobec dowodów przedstawionych przez Odwołującego powołanie biegłego nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia – ponieważ z argumentacji samego Odwołującego wynikało, że wbrew jego stanowisku możliwy jest krótszy termin realizacji, niż 6 tygodni (Odwołujący oświadczył na rozprawie, że wystarczyłoby 30 dni, z przedłożonego przez niego zestawienia terminów wynikało, że inni zamawiający wyznaczają terminy również 14 dniowe, z jego korespondencji z producentami łóżek z kolei mogło wynikać, że 6-tygodniowy może być skrócony).

Rzeczywiście terminy wyznaczone przez Zamawiającego są krótkie – ale, aby uwzględnić zarzuty odwołania, Odwołujący musiałby udowodnić, że wskazane w SIWZ terminy realizacji są obiektywnie niemożliwe do dochowania. Jednak Odwołujący nie udowodnił swoich racji, a jego argumentacja była niespójna i nie prowadziła do ustalenia, jaki jest faktyczny minimalny realny termin realizacji zamówienia. Z prezentowanego przez niego stanowiska wynikało, że termin realizacji poniżej 6 tygodni jest możliwy. Odwołujący mianowicie złożył (przy piśmie z dnia 22 sierpnia 2014 r.) zestawienie terminów, z których wynikało, że dla dostawy łóżek szpitalnych praktyką jest, że zamawiający prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie czerwiec 2014 – lipiec 2014, wyznaczali terminy dostawy od dwóch tygodni do 100 dni. Nie było to zatem zgodne z jego postulatem o nakazanie Zamawiającemu wskazania w SIWZ sześciotygodniowego terminu realizacji. Odwołujący powoływał się na praktykę w zakresie wyznaczania terminów realizacji – obok powyższego zestawienia, przedstawił korespondencję mailową z innymi przedsiębiorcami (producentami łóżek), gdzie wskazywano przeważnie średni standardowy termin realizacji (6–8 tygodni). Jednak powoływanie się na powyższe terminy również nie może dowodzić, że terminy wskazane w SIWZ są niemożliwe do dochowania. „Praktyka” czy „standardowe” terminy nie są przesądzają, że krótsze terminy są niemożliwe do dochowania w każdych okolicznościach dla każdego wykonawcy. Tym bardziej, że korespondenci nie stwierdzają kategorycznie, że krótsze terminy są obiektywnie nierealne – przeciwnie, w mailu z dnia



19 sierpnia 2014 r. stwierdzono, że „to jest niemożliwe bez posiadania bardzo wysokich poziomów zapasów” – co oznacza, że w pewnych sytuacjach krótsze terminy realizacji dostaw są możliwe. Odwołujący na rozprawie sam oświadczył, że „gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań na 30 dni, to by nie złożył odwołania”. Takie oświadczenie można traktować jak wycofanie zarzutów odwołania wobec pierwszej części zamówienia (dla tej części Zamawiający wyznaczył termin realizacji właśnie 30 dni). Równocześnie przeczy to argumentacji wynikającej z odwołania, iż minimalny termin realizacji to 6 tygodni. Temu stanowisku przeczy także zestawienie terminów, na które się powoływał Odwołujący przy piśmie z dnia 22 sierpnia 2014 r. – z przedstawionej tam praktyki zachowań innych zamawiających wynika, że najkrótszy termin realizacji wynosi 2 tygodnie – a więc jest zbliżony do najkrótszego z terminów wymaganych przez Zamawiającego (dla zadania trzeciego). A zatem dowody przedstawione przez Odwołującego nie potwierdzały, że wyznaczone przez Zamawiającego terminy są nierealne, niemożliwe do dochowania; nie potwierdzały również, że minimalny termin realizacji dostaw to postulowany przez Odwołującego termin 6 tygodni.

Należy również zauważyć, że choć wydaje się, że Odwołujący rozróżniał stopień skomplikowania poszczególnych części zamówienia, to jednak nie proponował zróżnicowanych terminów, dla każdej części zamówienia osobno, w zależności od stopnia komplikacji dostawy w ramach danego zadania. Izba – jeżeli zarzuty odwołania by się potwierdziły – nie mogłaby, bez wniosku Odwołującego w tym zakresie, samodzielnie poszukiwać terminów właściwych dla realizacji każdego z trzech zadań – w przypadku uwzględnienia odwołania należałoby nakazać Zamawiającemu jednoznacznie, za pomocą określenia terminów w dniach, wydłużenie terminów realizacji każdego z trzech zadań. Co przyznał sam Odwołujący na rozprawie, możliwy jest termin realizacji zamówienia, w odniesieniu do wszystkich trzech części, krótszy niż 6 tygodni (skoro Odwołujący oświadczył, że gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań 30 dni, to by nie złożył odwołania). Odwołujący jednak nie postulował odrębnych terminów dla każdego z trzech zadań.

### **103. Sygn. akt: KIO 1641/14, KIO 1651/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

Izba reprezentuje pogląd, że brzmienie pkt 10.4 IDW – „każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu Cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące”, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie jest jednoznaczne, bowiem może być ono wykładane również w ten sposób, że wpisana wartość w jednostkach pieniężnych w danej pozycji Formularza Cenowego nie musi stanowić sumy wszystkich planowanych poniesionych przez wykonawcę kosztów cząstkowych i może oznaczać cenę jednostkową skalkulowaną z uwzględnieniem wszelkich wymaganych kosztów, przy czym umiejscowienie tych kosztów czy w ramach innej pozycji cenowej oferty, czy też poza przedmiotowym zamówieniem ma znaczenie wtórne. Podstawowe znaczenie w takiej sytuacji ma zobowiązanie wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z tą konkretną pozycją cenową, które – w ocenie Izby – zawiera samo oświadczenie Odwołującego deklarującego podaną cenę jednostkową.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika *expressis verbis* z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę, że ta niejednoznaczność została przez jednego z wykonawców dostrzeżona, a Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 55 do SIWZ „czy wykonawca po przeprowadzeniu odpowiednich analiz i uwzględnieniu w swoim działaniu takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego,

aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy może przyjąć ceny jednostkowe netto w formularzu Cenowym na poziomie: 0,00 PLN (słownie: „zero złotych polskich”) lub bliskim zera?” w piśmie z dnia 10 kwietnia 2014 r. nie udzielił wykonawcom stanowczej odpowiedzi przeczącej, że nie można przyjąć cen zero złotych lub bliskich zero, lecz wyjaśnił, że „oferty wykonawców, w tym również wyceny pozycji w formularzu cenowym, będą oceniane przez Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Opis sposobu obliczenia ceny oferty został zawarty w pkt 10 IDW (Tom I SIWZ)”.

Zdaniem Izby z powyższego oświadczenia woli Zamawiającego wynika w sposób jednoznaczny, że skoro nie zanegował możliwości zaoferowania cen jednostkowych na wskazanym w pytaniu poziomie, to znaczy, że dopuścił możliwość zaoferowania takich cen, o jakie pytał wnioskodawca. Z powyższych względów, jeżeli Zamawiający sam dokonał wykładni legalnej przedmiotowego postanowienia SIWZ, to nie może go na etapie oceny ofert zmieniać, a zatem należy przyjąć, że zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe pozostawały w zgodzie z treścią SIWZ.

**104. Sygn. akt: KIO 1750/14, KIO 1755/14, KIO 1756/14,  
Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, w zakresie stawiania zarzutów przez odwołującego po terminie, odnoszących się do zadania A, B i C o odpowiednio poz. 29, 28 i 27 s.i.w.z. Wskazać bowiem należy, na fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie ma obowiązku dokonywania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie podaje (w sposób ogólny) jego podstawowy zakres. Dopiero na etapie przekazywania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [*w trybach wieloetapowych – przyp. red.*] możliwym do opisania jest przedmiot zamówienia w sposób na tyle szczegółowy, który w przypadku jego wadliwości może stanowić podstawę do kwestionowania jego poprawności.

**105. Sygn. akt: KIO 1934/14, KIO 1948/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r.**

Ponadto wskazać należy, iż uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług (dostaw, robót budowlanych), o ile wynikają one z celu, dla którego zamawiający wszczyna określone postępowanie, cel ten jest nakierowany na realizację tych potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Praktykę działania powodującego całkowitą eliminację konkurencji na skutek nałożenia irrelevantnych z punktu widzenia potrzeb zamawiającego i jego statusu, jako organu ochrony prawa, potrzeb i wymagań należy uznać za naruszającą obowiązujący porządek prawny. W przypadku, gdy zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, prowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym z jednoczesnym dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia naruszającym art. 29 ust. 2 p.z.p. godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 roku, sygn. akt KIO 2184/13).

**106. Sygn. akt: KIO 2115/14, KIO 2116/14, Wyrok KIO z dnia 23 października 2014 r.**

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie

udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

#### **107. Sygn. akt: KIO 2170/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r.**

(...) Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma prawo i obowiązek kierowania się swoimi potrzebami, natomiast stosowanie przepisów ustawy wymaga, aby wyłonienie wykonawcy odbyło się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się między innymi w sposobie opisu przedmiotu zamówienia. W stanie faktycznym sprawy Izba uznała, iż samo przyjęcie jednego z rozwiązań stosowanych na rynku nie jest jeszcze dostatecznym dowodem uzasadniającym uwzględnienie zarzutu naruszającego przepisy ustawy dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Aby móc stwierdzić, że Zamawiający w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny opisał przedmiot zamówienia, koniecznym byłoby wskazanie na braki w opisie, które uniemożliwiłyby potencjalnym wykonawcom ustalenie, czego Zamawiający oczekuje.

#### **108. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1), poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia określonego terminu na uruchomienie usług pocztowych, Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący w ramach tego zarzutu wykazywał, że niezbędny jest konkretny termin przed właściwym rozpoczęciem świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Wykazywał tutaj, jakie konkretnie czynności będzie zmuszony w tym czasie podjąć w przeciwieństwie do (...) S.A., aby należycie, bez trudności, rozpocząć świadczenia usług pocztowych.

Zdaniem Izby argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku na określenie przez Zamawiającego takiego terminu. Powyższe w niniejszej sprawie z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia także nie prowadzi – zdaniem Izby – do utrudniania uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), ani też nie stanowi jakichkolwiek niejasności, czy też braku precyzji przy opisie przedmiotu zamówienia. Argumentacja prezentowana przez Odwołującego może wskazywać wprost jedynie na sytuację Odwołującego, który – jak sam wykazywał – nie jest stanie podjąć się realizacji usług pocztowych na rzecz Zamawiającego z uwagi na m.in. niezabezpieczenie przez niego sprzętu logistycznego, brak określonej aplikacji do wymiany danych, nieprzystosowanie placówek pocztowych do wymogów Zamawiającego. Wykazywane przez Odwołującego okoliczności związane są ściśle indywidualnie z jego sytuacją, możliwościami adaptacyjnymi oraz organizacją logistycznych przedsięwzięć w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa. Charakter usług pocztowych wskazuje na konieczność wykazywania się przez przedsiębiorcę świadczącego tego rodzaju usługi taką organizacją swojego przedsiębiorstwa, która zapewnia szczególną mobilność tego przedsiębiorcy, pozwalającą na bezkolizyjne świadczenie usług pocztowych poczynawszy od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie opisanym konkretną datą. Powyższe jest również w szczególności uzasadnione, biorąc pod uwagę, że Zamawiający w ramach opisu warunków udziału w postępowaniu wymagał w tym zakresie od wykonawców odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług.

**Art. 29 ust. 4 pkt 4****109. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1), poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, że określone usługi objęte przedmiotem zamówienia (personalizowanie, wydruk, konfekcjonowanie i kopertowanie korespondencji) muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wykazywał w ramach tego zarzutu, że zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może skorzystać z uprawnienia żądania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób do realizacji zamówienia tylko w uzasadnionych przypadkach – ze względu na charakter zamówienia. Wykazywał on też, że zatrudnianie pracowników w oparciu o umowy cywilnoprawne jest korzystniejsze dla Zamawiającego z punktu widzenia jakości świadczonych usług. Powoływał się w tym zakresie także na własne doświadczenia i stosowane przez niego w takich przypadkach wzory umów cywilnoprawnych.

Izba nie może zgodzić się z przywołanymi twierdzeniami Odwołującego. Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma możliwość wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia postanowień wskazujących na obowiązek zatrudniania na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy ów przepis znajduje zastosowanie. Niewątpliwie w tym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem na realizację usług. Zdaniem Izby Zamawiający uzasadnił także przedmiot kilku wyspecyfikowanych przez niego usług z całego opisu przedmiotu zamówienia, które powinny być świadczone przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia. Uzasadnienie to związane jest z ochroną danych wrażliwych (np. dane osobowe i wizerunek osób naruszających przepisy o ruchu drogowy), które będą stanowiły przedmiot wysyłki w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał tutaj szereg okoliczności związanych z wymogami ustawy o ochronie danych osobowych (określone działania i środki techniczne oraz organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych przez administratora tych danych – art. 36 wskazanej ustawy, konieczność dopuszczenia do przetwarzania danych osobowych wyłącznie osób posiadających stosowne upoważnienie nadane przez administratora danych – art. 37 wskazanej ustawy, kontrola nad przekazywaniem danych osobowych sprawowana przez administratora – art. 38 wskazanej ustawy). Wymogi te – w ocenie Izby – stanowią uzasadnienie po stronie Zamawiającego ze względu na przedmiot tych usług, do stawiania przywołanego wymogu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Izba dokonała analizy postanowień wzorów umów cywilnoprawnych, które przedłożył Odwołujący jako dowód w sprawie dla wykazania właściwego zabezpieczenia jakości realizowanych usług pocztowych w ramach umów cywilnoprawnych. Analiza tych postanowień wskazuje, że Odwołujący *de facto* wykazał, że usługi objęte przedmiotem zamówienia wymagają szczególnego zabezpieczenia i wskazują na elementy istotne dla stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy (pracownik zobowiązuje się do wykonywania określonego rodzaju pracy na rzecz pracodawcy, pod jego kierunkiem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudnienia za określonym wynagrodzeniem). Izba zauważyła nawet, że niektóre dokumenty związane ze stosunkiem cywilnoprawnym stosowane przez Odwołującego – jak wskazał – w praktyce wprost odwołują się do regulacji Kodeksu pracy. Dokumenty te zostały objęte przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd też Izba nie odnosi się szczegółowo do tych kwestii w ni-

niejszym uzasadnieniu. Powyższe jednak wskazuje wyraźnie, że można w tym przypadku mówić o stosunku pracy, stąd też uzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego opisane w pkt 3.2 SIWZ, także z punktu widzenia charakteru czynności objętych wskazanym wymogiem SIWZ.

Izba nie może zgodzić się z argumentacją Odwołującego o tym, że wymóg zatrudniania do realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia na podstawie stosunku pracy jest nieuzasadniony, ponieważ zlecenie realizacji wskazanych usług w ramach umów cywilnoprawnych jest korzystniejsze dla Zamawiającego z punktu widzenia przede wszystkim ich jakości, a także dodatkowych zabezpieczeń podmiotu zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że regulacja, w oparciu o którą Zamawiający wprowadził do SIWZ wskazany wymóg zatrudniania pracowników ma charakter klauzuli społecznej dopuszczonej do polskiej ustawy Pzp przez ustawodawcę krajowego, a także wskazywanej jako jak najbardziej pożądaną także przez ustawodawcę europejskiego. Stosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tej klauzuli potwierdza też działania polskiego ustawodawcy skierowane na ochronę stosunku pracy. Uwzględniając powyższe irrelevantna jest zatem ocena przez Izbę okoliczności przywoływanych przez Odwołującego jako wskazujących na korzystniejsze dla Zamawiającego korzystanie przy wykonywaniu zamówienia z osób zatrudnionych w oparciu o umowy cywilnoprawne, w odróżnieniu od zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę.

### Art. 36

#### 110. Sygn. akt: KIO 2068/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r.

Na wstępie należy zauważyć, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Jeśli interpretacja siwz przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia siwz można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie siwz musi być wykładane na korzyść wykonawców. W tym zakresie istotną rolę odgrywa również wykładania celowościowa oparta na zasadzie mówiącej, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia.

### Art. 36 ust. 1 pkt 13

#### 111. Sygn. akt: KIO 1389/14, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r.

W art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wskazano, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zawierać m.in. opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W sytuacji, gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to,



iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04).

### Art. 38

#### **112. Sygn. akt: KIO 1361/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r.**

Odnosząc się do podniesionych zarzutów w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż instytucja wyjaśnień postanowień SIWZ, przewidziana w art. 38 ust. 1 Pzp, pozwala wykonawcom na uzyskanie od zamawiającego wytłumaczenia określonych, niejasnych treści specyfikacji. Wskazany instrument ma zatem służyć przede wszystkim wykonawcom. Wykonawca ma prawo w każdym czasie zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. Jeżeli jednak wykonawca chce uzyskać wymierny efekt swojego zapytania, tj. odpowiedź zamawiającego na nie, powinien złożyć do niego zapytanie w określonym terminie, tj. nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Ustawodawca więc odniósł termin na składanie zapytań dotyczących postanowień specyfikacji do terminu składania ofert. Minimalne terminy składania ofert zostały w sposób konkretny ustalone przez ustawodawcę w art. 43 ust. 2 Pzp.

(...) Ustawodawca, określając sztywne granice czasowe na zadawanie zapytań dotyczących treści specyfikacji postanowił zabezpieczyć interesy zamawiającego, aby uniknąć sytuacji, w których zamawiający nie miał zabezpieczonego czasu na udzielenie odpowiedzi na zapytania do SIWZ z uwagi na niczym nieograniczoną możliwość składania zapytań dotyczących wyjaśnienia treści specyfikacji przed upływem terminu składania ofert, co wielokrotnie wpływało na konieczność wydłużenia tego terminu. Takie ograniczenie zostało zatem przewidziane w art. 38 ust. 1 Pzp i powinno być pewne i jednoznaczne dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dla realizacji wskazanych celów ustawodawca, ustalając maksymalny termin na składanie zapytań do SIWZ odniósł go do terminu składania ofert.

#### **113. Sygn. akt: KIO 1593/14, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r.**

Izba uznała za zasadne stanowisko odwołującego, iż parametry komputerów zaoferowanych przez wykonawców powinny zostać potwierdzone wyłącznie dokumentami wskazanymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. – w rozpoznawanym przypadku – wydrukami ze strony internetowej, potwierdzającymi zamieszczenie na stronie <http://www.bapco.com> informacji o spełnianiu wymagań przez oferowane komputery przenośne lub wydrukami z testu przeprowadzonego w aplikacji BaPCo MobileMark 2012 dla komputera przenośnego oferowanego. Wydruki winny zawierać m.in. datę przeprowadzonego testu nie późniejszą niż termin składania ofert, wynik osiągnięty w wymaganej konfiguracji oraz informacje na temat konfiguracji testowanego i oferowanego komputera przenośnego, w tym co najmniej: typ BIOSu, typ płyty głównej, typ i model CPU, częstotliwość taktowania CPU, wielkość pamięci RAM, rozdzielczość ekranu, dysk hd (jeżeli jest więcej niż 1 to musi być informacja o wszystkich), GPU, rodzaj i wersja systemu operacyjnego, pamięć wirtualna.

Zmiana w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie powyższych warunków, dokonana przez zamawiającego po terminie składania ofert, jest zmianą niedopuszczalną, stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadto podkreślić należy, że sformułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są identyczne dla wszystkich uczestników i jakiegokolwiek odstępstwa są w tym zakresie nieuprawnione.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający, dokonując oceny oferty przystępującego (...) na podstawie oświadczenia producenta zaoferowanego sprzętu, czyli dokumentu, który nie był przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu.

#### **114. Sygn. akt: KIO 1708/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

(...) zważyć należy, że żaden z przepisów prawa regulujący tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest tryb negocjacji z ogłoszeniem (art. 54 i n. ustawy Pzp), nie wyłącza stosowania przepisu art. 38 ustawy Pzp. Ponadto, należy wziąć pod uwagę systematykę ustawy Pzp oraz umiejscowienie przepisu art. 38 w tej ustawie. Otóż, przepis art. 38 został zawarty w Dziale II ustawy Pzp zatytułowanym Postępowanie o udzielenie zamówienia w Rozdziale 2 Przygotowanie postępowania, obejmującym regulacje proceduralne, wspólne dla wszystkich trybów udzielania zamówień, w tym również dla negocjacji z ogłoszeniem. Jedyne ograniczenie w zakresie możliwości dokonywania modyfikacji SIWZ w przypadku prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem wprowadza przepis art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, który stanowi, iż z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W przedmiotowej sprawie termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu minął dnia 23 kwietnia 2014 roku. W przypadku, gdyby modyfikacja treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu należałoby wówczas stwierdzić, iż jest ona niedopuszczalna. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Jak przyznał Zamawiający jedna ze zmian treści SIWZ (dotycząca postanowienia zawartego w § 1 ust. 4 Projektu umowy) miała na celu dostosowanie treści

SIWZ do treści ogłoszenia o zamówieniu. Treść ogłoszenia o zamówieniu miała pozostać w pierwotnej wersji. Druga ze zmian dotycząca sposobu dostarczenia oprogramowania również nie miałyby wpływu na kształt treści ogłoszenia o zamówieniu.

### **Art. 39**

#### **115. Sygn. akt: KIO 1807/14, Wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r.**

Po pierwsze, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 39 ustawy Pzp. Przepis ten ustanawia definicję jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. trybów, które mogą być zastosowane zawsze, a ich wybór nie jest obwarowany koniecznością spełnienia żadnych przesłanek czy wystąpienia szczególnych okoliczności. Ewentualne naruszenie art. 39 ustawy Pzp mogłoby polegać wyłącznie na niezrealizowaniu określonych tym przepisem cech trybu przetargu nieograniczonego, tj. pełnej otwartości i konkurencyjności. Nie można natomiast naruszyć powyższego przepisu przez dokonanie wyboru trybu przetargu nieograniczonego, który – ze względu na jego charakter – jest dopuszczalny zawsze.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Odwołującego w argumentacji prawnej przywoływanej na potwierdzenie przedmiotowego zarzutu. Odwołujący w treści odwołania powołał się na naruszenie art. 39 w związku z art. 4 pkt 6 ustawy Pzp, przewidującym wyłączenie stosowania przepisów tej ustawy, następnie na rozprawie stwierdzając, że wyłączenie to wynika z przepisów odrębnych, nie zaś bezpośrednio z Pzp oraz podnosząc – niezawarty w odwołaniu (a zatem niemogący być przedmiotem rozstrzygnięcia) – zarzut ewentualny naruszenia art. 67 ustawy Pzp, określający przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

### **Art. 40 ust. 1**

#### **116. Sygn. akt: KIO 2273/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Orzekając w granicach zarzutów w odwołaniu zawartych, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający zobowiązany był do postępowania o udzielenie zamówienia przez siebie prowadzonego stosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r. Zgodnie bowiem z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 18 września 2014 r. poz. 1232) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 5 powołanej ustawy, weszła ona w życie po 30 dniach od dnia ogłoszenia, a zatem w dniu 19 października 2014 r. Skoro zatem, zgodnie z powołanym art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, za dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia uznać należy dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej (w rozpoznawanej sprawie miało to miejsce w dniu 16 października 2014 r.), do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego nie znajdowały zastosowania przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. Tym samym nie sposób było stawiać Zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp w brzmieniu nadanym powoływaną nowelizacją. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

### **Art. 43**

#### **117. Sygn. akt: KIO 1753/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.**

W ocenie Izby, uwzględniając charakter inwestycji, Zamawiający w tej sprawie wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert, nie uwzględniając wymaganego prawem czasu niezbędne-

go na przygotowanie i złożenie oferty. Ta okoliczność uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, co najmniej złożenie rzetelnie i prawidłowo sporządzonej oferty.

Zgodnie z art. 43 ust. 3 pkt 1 ustawy jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed data wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż: 1) 22 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Jednakże, w pierwszej kolejności, Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy. Obowiązek uwzględnienia przy wyznaczeniu terminu składania ofert złożoności przedsięwzięcia i jego charakteru wynika również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym [ust. 1] podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zasadą zarówno na gruncie unijnego, jak i polskiego prawa zamówień publicznych, jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2013 roku sygn. akt KIO 2188/13). W ocenie Izby, termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego nie uwzględnia kryteriów, jakimi kierować się powinien Zamawiający przy jego wyznaczeniu, a wskazanymi powyżej. Zamawiający nie uwzględnił rozmiarów zamówienia oraz złożoności wykonywanych robót objętych przedmiotem zamówienia.

**118. Sygn. akt: KIO 1987/14, KIO 2000/14, KIO 2002/14,  
Wyrok KIO z dnia 20 października 2014 r.**

Zarzut skierowany do postanowienia z rozdziału XV ust. 1 dotyczący terminu składania ofert [z odwołania KIO 2002/14] oparty został na twierdzeniu, że termin składania ofert wynoszący 43 dni nie jest wystarczający do ich przygotowania i złożenia. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że ustalając termin składania ofert Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 2 Pzp, wyznaczył termin odpowiadający minimalnym wymogom ustawowym i okresowi, jego zdaniem, niezbędnemu dla wykonawców na przygotowanie i złożenie oferty. Termin ten w toku postępowania odwoławczego wydłużony został do 56 dni. Izba wskazuje również, że Odwołujący podnosząc taki zarzut także powinien wykazać, z jakich konkretnie przyczyn kwestionowany termin jest niewystarczający. Lakonicznie wskazana w odwołaniu konieczność analizy i oględzin stanu infrastruktury Zamawiającego nie stanowi dostatecznego argumentu za wydłużeniem terminu składania ofert. Izba także zwraca uwagę, że określone w specyfikacji wymagania dotyczące zawartości oferty nie są rygorystyczne i czynnością, jaką przed sporządzeniem oferty musi przeprowadzić wykonawca w ramach przygotowania formularza ofertowego jest przede wszystkim kalkulacja kosztów. W tym przypadku wykonawca nie wykazał, że bazując na informacjach zawartych w specyfikacji jej wykonanie w określonym przez Zamawiającego terminie nie jest możliwe.

**119. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14,  
Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

Izba zważyła, że przepis art. 43 ust. 2 pkt 1 wskazuje termin 40-dniowy, jako termin minimalny (nie krótszy niż 40 dni) w przypadku zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a zatem określa ten termin jako minimalny termin składania ofert. Zamawiający jest zatem uprawniony do wyznaczenia terminu dłuższego niż wskazany w tym przepisie. Termin składania ofert musi jednak uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a zatem musi być dostosowany do stopnia skomplikowania i złożoności przedmiotu zamówienia oraz wymagań, które muszą być uwzględnione w ofercie z należytą starannością. Wynika to z wykładni celowościowej przepisów Prawa zamówień publicznych. W szczególności należy zauważyć, że w art. 43 ust. 1 ustawodawca wskazał terminy minimalne składania ofert w przypadku zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych, które muszą uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a zatem należy przyjąć, że tym bardziej, w przypadku zamówień o wyższej wartości, termin ten powinien uwzględniać stopień złożoności przedmiotu zamówienia, a tym samym czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Powyższa interpretacja wynika także z treści art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych.

W niniejszej sprawie należy zgodzić się z Odwołującym, że analiza dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu i przygotowanie oferty z należytą starannością wymaga znacznego nakładu czasu, wykraczającego poza minimalny termin przewidziany w art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp w odniesieniu do przetargu nieograniczonego.

**Art. 46 ust. 4a**

**120. Sygn. akt: KIO 1780/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r.**

Podkreślenia wymaga, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie przez zamawiającego wadium w każdym przypadku niezastosowania się przez wykonawcę do wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Dlatego też należy przyjąć – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie – że z samego faktu wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zмовы przetargowej. Podkreślić również należy, że czynność zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i restrykcyjny, a więc powinna być stosowana z rozwagą i ostrożnością.

**Art. 57 ust. 2**

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

Oferta wstępna jest traktowana w głównej mierze, jako stanowisko negocjacyjne wykonawcy stanowiące odpowiedź na skierowane do niego przez zamawiającego zaproszenie do jej złożenia. Tak też Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO/UZP 1780/10. Pamiętać jednak należy, iż oświadczenie wykonawcy w tejże ofercie wstępnej zawarte składane jest w określonych okolicznościach, a w szczególności w kontekście treści SIWZ, która została temu wykonawcy przekazana przez zamawiającego wraz z powołanym zaproszeniem. Uwzględniać należy przy tym również cel, jakiemu złożenie tegoż oświadczenia ma służyć, tj. przeprowa-



dzenie negocjacji z zamawiającym, który w ich wyniku będzie mógł podjąć decyzję o zaistnieniu konieczności doprecyzowania lub uzupełnienia treści SIWZ (art. 58 ust. 2 i art. 59 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Jak podkreślono to w wyroku wydanym w sprawie KIO 2420/12: „Zwrócić należy uwagę, iż przedmiot negocjacji z wykonawcami nie jest dowolny. Negocjacje powinny opierać się na treści złożonych ofert wstępnych, bowiem celem negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia albo doprecyzowanie lub uzupełnienie projektu umowy przedłożonego wykonawcom wraz ze specyfikacją (art. 58 ust. 2 ustawy Pzp).”

W świetle powyższego oczywistym jest zatem to, iż ustawodawca w sposób wyraźny odróżnił byt i istotę oferty wstępnej od oferty (którą określić można na potrzeby tego trybu, jedynie w celu odróżnienia jej od oferty wstępnej, ofertą ostateczną bądź właściwą) składanej zamawiającemu w odpowiedzi na zaproszenie przez niego skierowane już po zakończeniu negocjacji. To do tej drugiej oferty (ostatecznej, właściwej) znajdują w pełni zastosowanie przepisy działu II rozdziału 4 ustawy Pzp – „wybór oferty najkorzystniejszej”. Do oferty wstępnej, zgodnie z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zastosowanie znajdują jedynie wybrane przepisy tegoż rozdziału, a i te stosować należy odpowiednio: „przepisy art. 82–84, art. 89 ust. 1 pkt 1–3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2–4 stosuje się odpowiednio”. Z przytoczonej regulacji wynika w sposób niezbity, iż wolą ustawodawcy było badanie przez zamawiającego ofert wstępnych przez pryzmat norm prawnych wypływających z przytoczonych, wybranych przepisów ustawy Pzp, a także odrzucenie tychże ofert wstępnych w przypadkach, gdy spełnione zostaną przesłanki określone powołanymi przepisami. Możliwość odrzucenia, a uwzględniając brzmienie art. 89 ustawy Pzp, wręcz obowiązek odrzucenia, ofert wstępnych wpływa z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Stąd też należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie przedstawionych mu ofert wstępnych z uwzględnieniem przepisów, do których odsyła art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, pamiętając przy tym, iż stosować je należy nie wprost, a odpowiednio. Pamiętać przy tym należy, iż to właśnie tylko przez to odesłanie możliwe jest stosowanie do ofert wstępnych określonych przepisów ustawy Pzp, które wprost odnoszą się do ofert (ostatecznych, właściwych). Stąd brak odniesienia w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp do innych przepisów ustawy określa granice kompetencji Zamawiającego, a tym samym ogranicza czynności, które może on podjąć wobec ofert wstępnych jedynie to tych, które są możliwe do podjęcia na podstawie wyraźnie wskazanych w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp przepisów.

Ważną dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie okolicznością jest to, że w powołanym art. 57 ust. 2 ustawy Pzp brak odesłania do art. 87 ustawy Pzp, jako do jednego z przepisów, które znajdują zastosowanie w odniesieniu do oferty wstępnej. Pozwala to przyjąć, iż wolą ustawodawcy było wyłączenie zastosowania tegoż przepisu w toku badania ofert wstępnych. Interpretację tę wzmacnia brak odesłania w art. 57 ust. 2 do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, który wprost koresponduje z powołanym art. 87 ustawy Pzp. Okoliczności te, a także zawarte w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp wskazanie, że przywołane tam przepisy stosować należy odpowiednio, uzasadniają twierdzenie, iż w odniesieniu do ofert wstępnych przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp należy, stosując go odpowiednio, odczytywać tak, jakby nie było w nim znajdującego się po przecinku zastrzeżenia zawierającego odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było stosowanie do ofert wstępnych regulacji zawartej w art. 87 ustawy Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przywołałby on tenże przepis w treści art. 57 ust. 2 ustawy Pzp. Podobnie Izba w orzeczeniach wydanych w sprawie KIO/UZP 1242/09, KIO/UZP 1243/09 czy też KIO 802/11. Stąd też w przypadku, gdy zamawiający ustali, że treść przedstawionej mu przez wykonawcę oferty wstępnej nie odpowiada treści SIWZ, winien taką ofertę odrzucić. Twierdzenie to znajduje swe uzasadnienie w szczególności w odniesieniu do tych postanowień SIWZ, co do których zamawiający w sposób wyraźny przesądził, że nie będą one objęte negocjacjami, a tym samym są one dla wyko-

nawców wiążące i ostateczne. Pamiętać však należy, że zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest władny doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Stąd też wyłączenie możliwości negocjowania określonych postanowień SIWZ (elementów opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy zgodnie z art. 58 ust. 2 ustawy Pzp), uprawnia tym samym Zamawiającego do weryfikacji przez pryzmat tych właśnie postanowień treści ofert wstępnych i rozstrzygnięciu w oparciu o nie o niezgodności treści badanych ofert wstępnych z treścią SIWZ.

### **Art. 83 ust. 3**

#### **122. Sygn. akt: KIO 1254/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r.**

(...) zgodnie z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych, może określić maksymalną liczbę części, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Przywołany przepis nie uzależnia możliwości wprowadzenia ograniczenia od zaistnienia jakichkolwiek przesłanek, co oznacza, że Zamawiający w tym zakresie ma pełną swobodę.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że wspomniane uprawnienie wynikające z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp nie może być przez Zamawiającego wykorzystywane w taki sposób, że prowadzić będzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, że Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami, czy też w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, co naruszałoby przepisy prawa cywilnego. Powyższych okoliczności Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Katowicach powtórzyć należy, iż „(...) W razie podziału zamówienia na części zamawiający ma prawo wprowadzenia ograniczenia maksymalnej liczby części zamówienia, na które oferty częściowe można złożyć jeden wykonawca (art. 83 ust. 3 Pzp). Jaka to będzie liczba części, zależy wyłącznie od woli zamawiającego, podobnie jak fakt, czy w ogóle wprowadzi takie ograniczenie. Informacje na ten temat powinny znaleźć się w SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przychylić się przy tej okazji należy do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, iż wprowadzenie takiego ograniczenia nie może jednak prowadzić do naruszenia zasad płynących z art. 7 Pzp. (...)”

### **Art. 87 ust. 1**

#### **123. Sygn. akt: KIO 1239/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r.**

(...) Zamawiający, spostrzegając nieścisłości w ofercie Przystępującego, powinien raczej wezwać go do złożenia wyjaśnień treści oferty, niż uzupełnienia dokumentu (wykazu sprzętu). Wykaz sprzętu w tym postępowaniu zawierał opis oferowanych urządzeń, a więc stanowił treść oferty, i jako taki faktycznie nie mógł zostać uzupełniony (charakter dokumentu wynika z postanowień zawartych w SIWZ, a nie z jego nazwy). Oznacza to, że nie można było uzupełnić wykazu w taki sposób, że w nowym wykazie podano by inny sprzęt, niż w pierwotnej ofercie, o innych parametrach. Dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań Zamawiającego (a więc możliwymi do uzupełnienia) mogłyby być ewentualnie karty katalogowe bądź inne dokumenty, z których wynikają żądane parametry. W ocenie Izby, wezwanie Zamawiającego z 20 maja 2014 r. należy potraktować jak wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, bez względu na fakt, że Zamawiający w piśmie przywołał art. 26 ust. 3, a nie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

**124. Sygn. akt: KIO 1772/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.**

(...) Izba zwraca uwagę, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie reguluje w żaden sposób kwestii pochodzenia wątpliwości uzasadniających żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Stanowi on jedynie, że czynności tej zamawiający dokonuje w toku badania i oceny ofert oraz, że nie może ona skutkować prowadzeniem pomiędzy zamawiającym, a wezwanym wykonawcą negocjacji w przedmiocie treści oferty oraz, że – z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w komentowanym przepisie – nie może także prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że irrelevantne dla oceny prawidłowości wszczęcia i przeprowadzenia czynności wyjaśnień treści oferty jest źródło pochodzenia dotyczących jej wątpliwości. Może być to zarówno wiedza własna zamawiającego, zdobyta, przykładowo, na podstawie wcześniej prowadzonych postępowań o udzielanie zamówień publicznych na podobny przedmiot zamówienia, ale także informacja przekazana przez innych uczestników procedury udzielania zamówienia publicznego, bądź przez podmioty w ogóle z nią niezwiązane. Działania takie, podejmowane zwłaszcza przez konkurujących ze sobą wykonawców, można ewentualnie rozpatrywać w kategoriach etyki biznesu, nie zaś pod kątem zgodności z obowiązującymi w tej mierze przepisami Pzp, które – jak wskazano – uregulowań w omawianym zakresie nie zawierają.

**125. Sygn. akt: KIO 2315/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r.**

Skład orzekający Izby stwierdza, że wystosowanie żądań wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp jest bardzo ważną czynnością zamawiającego podczas badania ofert i adresat takich żądań musi w treści wyjaśnień starać się rozwiać jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego nawet formułując przesadnie rozbudowaną odpowiedź. W rozpoznawanym przypadku odwołujący zacieśnił swoje wyjaśnienia jedynie do podania, że informacje uzyskane przez zamawiającego podczas seminarium w G. odnosiły się do m/z i zapewnienia, że zaferowany przyrząd jest w stanie analizować cząsteczki o masie od 10 do 3000 amu zgodnie z postanowieniami specyfikacji. W związku z tak lakonicznymi wyjaśnieniami zamawiający zasadnie odrzucił ofertę uznając, że odwołujący nie udowodnił, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji.

Skład orzekający Izby podkreśla, że wykonawca musi starać się sformułować wyjaśnienia tak, aby rozwiały jakiegokolwiek zastrzeżenia zamawiającego do treści oferty. Dokument wyjaśnień stanie się nieomal częścią oferty i pozwoli zamawiającemu na zasadne zakwalifikowanie oferty jako spełniającej wymogi zamawiającego albo zmusi zamawiającego – jak w rozpoznawanym przypadku – do odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia zawężą się tylko do deklaracji, że oferta spełnia wymagania specyfikacji. Późniejsze dokonywanie wyjaśnień może nie być brane pod uwagę przez zamawiającego, gdyż zamawiający żądając wyjaśnień nakreślił nieprzekraczalny termin do złożenia wyjaśnień, a przeciw takiemu terminowi odwołujący nie zgłaszał żadnych obiekcji i nie wnosił o umożliwienie wyjaśnienia swojej oferty w terminie dłuższym niż określony przez zamawiającego w wezwaniu. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie ma obowiązku przedłużenia terminu składania wyjaśnień, ale może to uczynić o ile wniosek o przedłużenie zostanie wystosowany przez wezwanego wykonawcę w odpowiednim czasie. W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie złożył takiego wniosku.

**126. Sygn. akt: KIO 2490/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.**

Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert, obok ceny ustalił kryterium: gwarancja na podzespoły przENOŚnika za wyjątkiem taśmy i urządzeń elektrycznych – waga 15% oraz gwarancja na taśmę – waga 5%. (opis kryteriów, pkt XVII siwz). W ofercie na str. 4 formularza wykonawca X wskazał okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych – 12 miesięcy (lit. h). Zamawiający pismem z dnia 19.11.2014 r. wezwał wykonawcę X na podstawie art. 26 ust. 4

ustawy o wyjaśnienie rozbieżności wynikającej z oświadczenia z pkt 7 ppkt h oraz oświadczenia ze str. 2: składamy ofertę na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia, zgodny z załącznikiem nr 3 do SIWZ – „Charakterystyka techniczna istotnych elementów oferowanego przedmiotu zamówienia” – zawarty jest w załączniku nr 6 do oferty”. W odpowiedzi z dnia 21.11.2014 r. wykonawca X oświadczył, że okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych wynosi: 24 miesiące od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru. W oparciu o przywołane wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż oferta jest zgodna z treścią siwz i nie dokonywał poprawy treści oferty w literze h pkt 7 formularza oferty.

Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia wyjaśnień, jakich udzielił wykonawca X, które faktycznie doprowadziły do zmiany treści oferty w zakresie wskazanego okresu gwarancji na urządzenia elektryczne. Treść wyjaśnień, jakie zostały Zamawiającemu przekazane nie uprawniały do przyjęcia, iż wykonawca omyłkowo wskazał krótszy od minimalnego okresu gwarancji wymaganego przez Zamawiającego. „Wyjaśnienia” faktycznie sprowadzały się do zmiany oświadczenia zawartego w ofercie, stanowiącego jej element, bez podania jakiegokolwiek argumentacji, która odnosiłaby się do rzeczywistej woli wyrażonej w ofercie, która w ocenie Izby nie budziła wątpliwości. Zamawiający dopatrywał się niezgodności pomiędzy oświadczeniami zawartymi w formularzu oferty (pkt. 1 i 7 lit. h), które faktycznie odnosiły się do różnych elementów oświadczenia wykonawcy. Oświadczenie z punktu 1 stanowiło ogólną deklarację zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, dodatkowo wzmocnionym charakterystyką techniczną istotnych elementów przedmiotu zamówienia, załączoną na str. od 18 do 20 oferty. Zarówno oświadczenie, jak i charakterystyka, nie odnoszą się do okresów gwarancji, których podania wymagał Zamawiający w ramach odrębnych oświadczeń, z których część stanowiła element oceny oferty w kryteriach „gwarancja”. Oświadczenie X dotyczące okresu gwarancji na urządzenia elektryczne było jednoznaczne i nie pozostawiało żadnych wątpliwości co do wykładni oświadczenia woli wykonawcy. Potwierdza to również odpowiedź X, w której brak jest informacji o ewentualnej pomyłce popełnionej w ofercie, a sens odpowiedzi sprowadza się do dostosowania terminu gwarancji do minimalnego wymaganego przez Zamawiającego okresu. W ocenie Izby stanowiło to niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy oraz zasad prowadzenia postępowania, zmianę treści oferty i to w niedookreślonym w ustawie trybie.

### **Art. 87 ust. 2 pkt 1**

#### **127. Sygn. akt: KIO 1891/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Istota zagadnienia wskazanego w powyższym zarzucie sprowadza się do wykładni art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Na wstępie należy zaznaczyć, że stosowanie wskazanej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością, i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego, w tym w szczególności art. 7 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym. W wyniku zatem poprawienia omyłki nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i w orzecznictwie sądowym. (...)

W przedmiotowym sprawie, bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał podania na stronie drugiej formularza ofertowego l.p.2 modelu oferowanego urządzenia. Odwołujący w treści formularza oferty wskazał model: A-4 (...) e-studio264 CS. Nie doszło więc do niezamierzonego opuszczenia wymaganej w formularzu oferty treści, niewłaściwej pisowni czy też wskazania więcej niż jeden modelu. Nie doszło również, w ocenie Izby, do niewłaściwego użycia wyrazu, rozumianego jako błąd językowy polegający na popełnieniu błędu gramatycznego, błędu składniowego, błędu stylistycznego, słotwórczego czy też błędu leksykalnego. Z żadną z powyższych sytuacji nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał bowiem w formularzu oferty urządzenie znajdujące się w jego ofercie produktów będących w sprzedaży, użył istniejącego symbolu, co więcej, jak sam potwierdził podczas rozprawy, urządzenie wskazane w treści formularza ofertowego o symbolu A-4 (...) e-studio 264 CS spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że wskazanie modelu urządzenia A-4 (...) e-studio 264 CS winno być potraktowane przez Zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska.

W ocenie Izby brak możliwości skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika również z faktu, iż omyłce na którą powołuje się Odwołujący nie można przypisać znamion oczywistości. W swojej argumentacji Odwołujący podnosił, że użycie błędnego symbolu oferowanego urządzenia tj. A-4 (...) e-studio 264 CS nastąpiło tylko w jednym miejscu dokumentacji ofertowej przedłożonej przez Odwołującego tj. w formularzu oferty. Wszelkie inne materiały dołączone do formularza oferty w sposób oczywisty wskazywały, że Odwołujący zaoferował urządzenie o symbolu (...) e-studio 287 CS i w konsekwencji Zamawiający winien dokonać poprawienia oczywistej omyłki w formularzu oferty. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do dokonania takiej zmiany w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie wynika bowiem z treści oferty oraz materiałów do niej dołączonych w sposób oczywisty jakie urządzenie zostało zaoferowane. Treść oferty oraz treść materiałów do niej załączonych odwołują się do dwóch różnych urzędzeń, zaś Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia za Odwołującego decyzji co zaoferował w przedmiotowym postępowaniu przetargowym: czy urządzenie o symbolu: (...) e-studio 287 CS czy urządzenie o symbolu A-4 (...) e-studio 264 CS. Oczywistym dla Izby jest, że dokonanie proponowanej przez Odwołującego zmiany w treści formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowiłoby zmianę treści oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego, a czynność taka jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

### **128. Sygn. akt: KIO 2320/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Zdaniem Izby, w zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08), w którym stwierdzono, iż błąd pisarski to „widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów ()”. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów.



**Art. 87 ust. 2 pkt 3****129. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

Izba nie podzieliła zarzutu [naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przyp. red.], by Zamawiający dopuścić się naruszenia tego przepisu poprzez poprawienie liczby osób w pozycji 25 Wykazu obsady stanowisk przedłożonym przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. Izba wzięła pod uwagę, iż w wykonawca zaoferował w tym wykazie łącznie 67 osób. Zliczenie wartości wskazanych w poszczególnych pozycjach wynosi natomiast 66. Tylko w pozycji nr 14 wykonawca zaoferował jedną osobę ponad minimalny poziom wymagań, w pozostałych pozycjach wykonawca wskazał liczbę odpowiadającą minimum zakreślonym przez Zamawiającego – oprócz poz. 25, gdzie omyłkowo wskazał liczbę 1. Poprawienie tej omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego było uzasadnione i nie prowadziło do zmiany treści oferty, lecz matematycznej zgodności pomiędzy łączną ilością (67) i sumą poszczególnych pozycji wykazu. Nie nastąpiły w tym zakresie żadne przesunięcia wartości z dotychczasowych pozycji, lecz wartość 1 (brakująca dla zgodności rachunku z łączną wartością 67) została prawidłowo poprawiona w miejscu, w którym omyłkowo zamiast liczby 2 podano liczbę 1. Izba nie uznała jednocześnie argumentów Odwołującego, że poprawienie omyłki mogło w tym wypadku polegać jedynie na poprawieniu sumy wartości wskazanych w poszczególnych pozycjach. Tego rodzaju poprawka nie skutkowałaby w ogóle wyeliminowaniem omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. W ocenie składu orzekającego instrument prawny przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się w szczególności do takich sytuacji, jak ta zaistniała w niniejszej sprawie. Można przyjąć generalnie, że wykonawca przystępujący do postępowania kieruje się zamiarem złożenia oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego.

**130. Sygn. akt: KIO 1891/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze – oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie – niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie – poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (*a contrario* – możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a ogólne sformułowanie tego przepisu wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się m.in. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do jej *essentialia negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawiania samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. (...)

Izba przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, że poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno następować w sytuacji, w której Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy, może dokonać takiej czynności. Wyjaśnienia winny w ograniczonym zakresie wpływać na decyzję Zamawiającego i mogą wyjaśniać treść zawartą w ofercie danego wykonawcy, nie prowadzić zaś do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Stanowisko zaprezentowane zaś przez Odwołującego sprowadza się do tego, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią oferty a pozostałymi dokumentami, treści oferty ustalona byłaby na podstawie woli wykonawcy wyrażonej po otwarciu ofert. Analiza bowiem treści oferty i dokumentów do niej dołączonych pozwala przyjąć, że możliwe są co najmniej dwie sytuacje: (i) Zamawiający stwierdza, że wskazany w treści oferty symbol urzędnika jest wynikiem omyłki, za prawidłowe uznaje natomiast informacje wynikające z innych dokumentów; albo (ii) za prawidłową uznaje nazwę urzędnika wynikającego w treści oferty, w konse-

kwencji uznając, że pozostałe dokumenty dotknięte są omyłką. Wskazuje to w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie określić, które oświadczenie jest zgodne z wolą wykonawcy, a które dotknięte omyłką, a treść oferty Odwołującego zostaje ustalona dopiero po otwarciu ofert.

### **131. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.**

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu omyłek w ofercie Konsorcjum (...) była zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Jak wskazał podczas rozprawy Zamawiający, wykonawcy musieli wypełnić 52 kosztorysy. Konsorcjom (...) prawidłowo wypełniło 2560 pozycji, popełniając błąd w ośmiu pozycjach. Poprawienie oferty doprowadziło do minimalnej zmiany ceny ofertowej (0,65 zł). W ocenie Izby liczba pozycji kosztorysu, które musieli wycenić wykonawcy oraz liczba źle wypełnionych przez Przystępującego pozycji prowadzą do wniosku, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było nie tylko uzasadnione, ale nawet obowiązkowe. Skala niezgodności świadczy bowiem o tym, że była ona wynikiem omyłki. Rację ma Odwołujący twierdząc, że niewycenienie wszystkich pozycji kosztorysu stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że sam fakt wystąpienia takiej niezgodności nie przesądza o niemożliwości poprawienia omyłki, bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające właśnie na niezgodności oferty z SIWZ, pod warunkiem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Podkreślić należy, że celem wprowadzenia powyższego przepisu było niedopuszczenie do odrzucania ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, tj. nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Ze względu na skalę omyłek w ofercie Przystępującego i ich znikomy wpływ na cenę oferty nie można mówić, że ich poprawienie stanowiło istotną zmianę treści oferty. Przeciwnie, odrzucenie tej oferty, bez zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należałoby uznać za naruszenie przepisów ustawy.

### **132. Sygn. akt: KIO 2253/14, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2014 r.**

Powołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla dopuszczalności poprawienia zaistniałej niezgodności treści oferty z SIWZ (określanej w ustawie jako „omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ”) wymaga, aby poprawienie takie nie prowadziło do istotnych zmian treści oferty. Ingerencja w treść oferty i jej zmiana dokonywana przez zamawiającego musi więc być ograniczona i nie prowadzi do znacznych różnic pomiędzy treścią pierwotną, a uzyskiwaną po poprawce. Przy czym, w świetle ugruntowanego orzecznictwa Izby i sądów okręgowych, zakazu wprowadzania istotnych zmian w ofercie, nie należy interpretować jako zakaz zmieniania przedmiotowo istotnych elementów oferty, a więc określających *essentialia negotii* (przyszłej umowy o zamówienie). Przeciwnie, dopuszczalne jest na przykład poprawianie w ofercie zarówno ceny, jak i oferowanego przedmiotu zamówienia – pod warunkiem ograniczonego charakteru wprowadzanych zmian.

Oceniając dopuszczalność tego typu zmian, można i należy uwzględnić szereg okoliczności związanych z danym przypadkiem poprawienia oferty, odnoszących się nie tylko do zakresu zmian, ale także, między innymi, do charakteru i rodzaju danej niezgodności, genezy jej powstania, dostępnych sposobów jej poprawienia..., etc.

### **133. Sygn. akt: KIO 2457/14, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2014 r.**

Niewątpliwie podkreślić należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego

oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne. Nie negując ogólnej zasady, iż poprawa omyłek winna odbywać się bez pomocy wykonawcy, samodzielnie przez Zamawiającego, na podstawie danych, którymi dysponuje w ofercie, to w ocenie składu orzekającego Izby, dopuszczalne jest w pewnych okolicznościach wzywianie do wyjaśnień – jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. Może się bowiem zdarzyć, że Zamawiający nie dostrzeżę tego, co oferta już zawiera, nie umie w sposób prawidłowy odczytać intencji wykonawcy. Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. (...)

Pamiętać należy, że ustawodawca dał Zamawiającemu, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wystąpienie takiego rodzaju omyłki, mieszczącej się w zakresie obowiązywania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp według konsekwentnie prezentowanego w orzecznictwie KIO stanowiska, powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzania itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie musi być możliwe poprzez samodzielną czynność Zamawiającego. Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy, a działania Zamawiającego w tym zakresie nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby nie doszło do niedozwolonych między Stronami negocjacji, a tym samym nie potwierdziło się również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie można za negocjacje uznać okoliczności, że wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień wskaże Zamawiającemu, w jakiej pozycji ujął określone koszty. (...)

Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek, jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. W wyniku poprawienia zmianie co prawda może ulec cena oferty, natomiast zakres i wielkość tej zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje jej niewielki wycinek. Fakt, że omyłka ta może ewentualnie mieć wpływ na cenę oferty, nie stanowi automatycznie przeszkody w jej poprawieniu (por. wyrok KIO z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO 702/10).

#### **134. Sygn. akt: KIO 2605/14, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r.**

Przez ten pryzmat należy zatem postrzegać dopuszczalność dokonywania poprawy z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W analizowanej sprawie, poprawienie oferty w sposób postulowany przez Odwołującego, to jest poprzez określenie producenta modelu czy typu oferowanego urządzenia stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu, służy on do usuwania niezgodności oferty z treścią SIWZ, a zatem co do zasady, zmiana oferty dokonywana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy powinna polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem SIWZ, ustaleniem jej sprzeczności z tym postanowieniem a następnie poprawie w sposób odpowiadający temu postanowieniu. W praktyce, wskazany przepis stosuje się również do usunięcia wewnętrznych sprzeczności w ofercie. Taka poprawa nie może jednak skutkować wygenerowaniem przez zamawiającego w trybie poprawy oferty oświadczenia co do przedmiotu oferty, którego w ofercie brakuje – które zostało w niej pominięte, przemilczane, a jego uzupełnienie nie może odbyć się poprzez podstawienie wymagania zawartego w SIWZ, bowiem stanowi ono przedmiot pozostającej do swobody ofertowania przez wykonawcę. Innymi słowy, poprawa dokonywana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie

może służyć do wytworzenia następczo po terminie składania ofert oświadczenia o oferowanym przedmiocie, którego wykonawca w ofercie nie zawarł, i które nie znajduje w niej punktu zaczepienia. Takim oświadczeniem byłoby – na gruncie analizowanej sprawy – ustalenie producenta, nazwy oraz typu urządzenia oferowanego przez Odwołującego w pozycji 1.2.1. Załącznika nr 9 do SIWZ. Nie zostało ono w inny sposób podane w ofercie – w jej innym miejscu, nie wynika również z rozwiązań przyjętych w ofercie, a ustalenie, że Odwołujący zamierzał zaferować w tej pozycji macierz dyskową (...) ETERNUS DX90 S2 wynika dopiero z wyjaśnienia wykonawcy udzielonego na wezwanie Zamawiającego. W ramach tego wyjaśnienia Odwołujący wyraźnie wskazał, że na skutek omyłki w omawianym fragmencie oferty nie wskazano modelu i producenta macierzy, oraz że zaferowano macierz (...) ETERNUS DX90 S2. Powyższe wskazuje, że w ofercie brak było takiego elementu, z którego można byłoby wyczytać pominięty przez Odwołującego element.

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

#### **135. Sygn. akt: KIO 1302/14, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 r.**

Żaden przepis prawa nie zabrania stosowania ceny 0 zł za poszczególne usługi. Należy podkreślić, że zaferowane ceny 0 złotych dotyczyły poszczególnych opłat, nie zaś za całości oferty. Nie jest to sprzeczne z jakąkolwiek ustawą. Ustawa o cenach, definiując cenę, odwołuje się do wartości, wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Ustawa o cenach nie stawia wymogu, aby wartość ta została wyrażona w jednostkach wyższych od zera. Tym samym wartość 0 zł spełnia definicję ceny w rozumieniu tej ustawy. Określenie ceny realizacji danej usługi w wysokości 0 zł oznacza w istocie niepobranie przez wykonawcę opłaty za realizacji tej usługi. Jednakże brak jest podstaw do uznania, że zakazane jest niepobranie przez wykonawcę opłaty za poszczególne usługi, zwłaszcza w sytuacji, gdy usługi te nie składają się na całość oferty wykonawcy. Cena całej oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. jest wyższa od zera. Cena za poszczególne usługi dotyczące opłat połączeniowych wyrażona została w złotych polskich, a tym samym nie jest sprzeczna z ustawą o cenach. Co więcej, powszechnie spotykaną praktyką na rynku jest niepobranie opłat za poszczególne usługi połączeniowe. (...)

Zaferowanie ceny 0 złotych za poszczególne usługi opłat za połączenia telefoniczne nie stanowi także niezgodności z SIWZ.

#### **136. Sygn. akt: KIO 2054/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r.**

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. Jednak art. 85 ustawy nie daje zamawiającemu swobody w ukształtowaniu w siwz ani obowiązku wykonawcy pozostawania związanym złożoną przez siebie ofertą, ani terminu przez, jaki ten obowiązek trwa. Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert (a nie w siwz) ma możliwość samodzielnego podjęcia decyzji, czy wydłużyć termin związania ofertą, czy nie i na jaki okres chce to zrobić. Tym samym postanowienia siwz w zakresie terminu związania ofertą są powtórzeniem wymagań ustawowych, tym samym ich naruszenie przez wykonawcę będzie świadczyć o niezgodności oferty z ustawą, a nie o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Stąd rację należy przyznać zamawiającemu, że wskazana przez odwołującego podstawa prawna postawionego zarzutu nie jest prawidłowa. Nie mniej jednak należy ocenić czy odwołujący nie złożył oferty niezgodnej z ustawą przez brak złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą. Izba uznała, że nie. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika bowiem, że zamawiający określił w IV.3.7. ogłoszenia o zamówieniu publicznym i rozdziale 1 pkt 13 siwz zgodny z ustawą 60 dniowy termin związania ofertą, zaś zgodnie ze wzorem formularza ofertowego od wykonawców oczekiwał oświadczenia, że „Jesteśmy związani ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”. Bezsporne, że tej treści oświadczenia zabrakło w ofercie wybranej, jednak w ocenie Izby nie dowodzi

to, że wykonawca wybrany nie czuł się związany postanowieniami siwz w zakresie terminu związania ofertą, gdyż jak słusznie zauważył zamawiający z pkt. 2 formularza oferty wybranej wynika, że wykonawca oświadczył, że zapoznał się z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania". Skoro wykonawca wybrany uznał się za związanego wszystkimi określonymi w siwz zasadami i postanowieniami, a rozdział 1 pkt 13 siwz zawierał postanowienia dotyczące wymaganego przez zamawiającego terminu związania ofertą, to słusznie zamawiający uznał, że wykonawca czuje się związany postanowieniami siwz o terminie związania ofertą, określającymi ten termin na 60 dni.

### **137. Sygn. akt: KIO 2069/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r.**

Izba nie uwzględniła zarzutów nakierowanych na wykazanie nieważności oferty Przystępującego, mającej znajdować swoje źródło w naruszeniu zasady odpłatności umów zawieranych między zamawiającym a wykonawcą oraz w naruszeniu przepisów definiujących pojęcia ceny (art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp). Należy jednocześnie zauważyć, iż podnosząc zarzut naruszenia zasady odpłatności, a więc sprzeczność z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, Odwołujący dowodził w istocie podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W podstawie prawnej odwołania przepis ten nie został jednak powołany. Wskazano natomiast na nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Na wstępie należy zauważyć, że przepisy, do których nawiązał Odwołujący (ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, a obecnie ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług) nie stanowią o sankcji nieważności czynności polegającej na zastosowaniu ceny 0 zł. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp wyraźnie natomiast określa, że podstawą jego zastosowania jest sytuacja, gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnym przepisów. Owe odrębne przepisy powinny więc zawierać, w sposób wyraźny, określenie podstawy materialnej oraz przesądzenie, iż w sytuacji zaistnienia tej podstawy, jej prawną konsekwencją jest nieważność określonej czynności prawnej (wpływającej na nieważność oferty, jako całości). Tego rodzaju podstawy, ani sankcji nie zawierają przepisy ww. ustawy.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 2**

### **138. Sygn. akt: KIO 1365/14, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r.**

Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest bowiem wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. (...)

Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi bowiem mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z SIWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. (...)

Ponadto, w myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, przedmiot dostarczony na etapie wykonywania umowy musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się dostarczyć w ofercie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Zgodnie z tym



przepisem, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśliby zatem potwierdziły się – po zawarciu umowy – zastrzeżenia jakie zostały sformułowane w postępowaniu, to zamawiający z tym większą surowością powinien eliminować i piętnować jako nieuczciwe, tego rodzaju praktyki. Tego rodzaju działanie stanowiłoby bowiem przejaw nieuczciwego działania i świadomego wykorzystania sytuacji, że zamawiający polega na rzetelności wykonawców i składanych przez nich oświadczeń nie weryfikując w inny sposób ich treści czy nie żądając okazania oferowanego przedmiotu [np. jego próbkil], co jest wyrazem zaufania do wykonawców.

### **139. Sygn. akt: KIO 1529/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r.**

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 Pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również 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. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (...). Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować

podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

#### **140. Sygn. akt: KIO 1728/14, KIO 1730/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r.**

W ocenie Izby bezsporna pomiędzy stronami oraz Przystępującym X S.A. jest okoliczność, że Przystępujący nie wykona samodzielnie („własnymi siłami”) szkoleń. Nie wskazał w tym obszarze podwykonawców. Zamawiający (w punkcie IV formularza ofertowego) wymagał wskazania podwykonawców w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie realizował zamówienia samodzielnie. Należało wskazać części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom. W treści oferty Przystępującego X S.A. nie znalazło się żadne oświadczenie o powierzeniu podwykonawcom innych szkoleń niż szkolenie (...), co wskazuje na samodzielną realizację zamówienia przez Przystępującego. Nie jest sporne, że Przystępujący X S.A. nie posiada autoryzacji w tym zakresie. W praktyce oznacza to brak możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego. W treści wyjaśnień Przystępujący oświadczył, że zrealizuje zamówienie poprzez dostarczenie Zamawiającemu voucherów. Jednakże treść oferty nie zawiera żadnej informacji w takim zakresie. W ocenie Izby, fakt, że Przystępujący zamierza dostarczyć vouchery nadal oznacza, że nie będzie realizował zamówienia samodzielnie. Jeśli nawet by uznać za dopuszczalną taką formę realizacji zamówienia, to Odwołujący nie wykazał, że będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że również zaferowane w formie voucherów szkolenia zostaną zrealizowane przez podmiot trzeci, a więc podwykonawcę. Brak wypełnienia w tym zakresie treści oferty oznacza jej niegodność z wymaganiami SIWZ.

#### **141. Sygn. akt: KIO 1736/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r.**

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia jest postanowienie pkt 18.2 SIWZ, gdzie zamawiający wskazał: „Zamawiający nie ustanawia obligatoryjnych podstaw szacowania cen. Zaleca się stosować ogólne zasady i wzorce kosztorysowania zawarte w publikacji Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych, Zrzeszenia Biur Kosztorysowania Budowlanego pt. Środowiskowe metody kosztorysowania robót budowlanych Warszawa – grudzień 2001”. Jest to jedyny zapis SIWZ odnoszący się do podstaw szacowania cen. W żadnej innej części SIWZ zamawiający nie odniósł się ani nie zobowiązał wykonawców do stosowania czy podawania podstaw szacowania.

Obowiązku wskazywania podstaw szacowania cen nie można upatrywać w zapisie specyfikacji, zgodnie z którym zamawiający „zalecił” stosowanie ogólnych zasad i wzorców kosztorysowania zawartych we wskazanej w SIWZ publikacji. Sformułowanie „zalecił”, zgodnie z jego jasnym i powszechnym znaczeniem, należy rozumieć jako „doradzić” czy „zarekomendować”. Z jego rozumienia nie można wyprowadzać jakiegokolwiek wiążącego polecenia czy obowiązku, lecz jedynie swego rodzaju poradę co do przyjętego sposobu postępowania.

Niezastosowanie się przez wykonawcę do zawartego w SIWZ zalecenia, czyli czegoś, co z natury nie jest obowiązkiem, nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W taki sam sposób należy podejść do niewskazania w treści oferty czegoś, co – zgodnie z SIWZ – nie było wymagane. Izba zwraca uwagę, że zamawiający bezpodstawnie, na etapie oceny ofert, zmienił znaczenie wskazanych

postanowień specyfikacji, iż podnosząc, że przywołał konieczność wykonania kosztorysów ofertowych zgodnie ze środowiskową metodą, aby kosztorysy opracowywane przez wykonawców i składane w ramach oferty były wykonane w jednakowym układzie, były porównywalne a tym samym umożliwiały zamawiającemu sprawdzenie kosztorysu, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. Izba podkreśla, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było mowy o „konieczności” wykonania kosztorysów ofertowych zgodnie ze wskazaną metodą, lecz jedynie o „zaleceniu” do jej zastosowania.

Konkludując stwierdzić należy, iż brak wskazania podstaw szacowania cen nie jest w rozpoznawanym przypadku niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obligującą zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **142. Sygn. akt: KIO 1921/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Izba zgodziła się z twierdzeniami odwołującego, że niezgodność znaku sprawy wpisanego w Formularzu cenowym (ZP/271/27/14.MK) ze znakiem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (ZP/271/31/14.MK) nie wpływa na ocenę treści oferty, a wymóg wpisania znaku sprawy w Formularzu cenowym ma charakter formalny, mający za zadanie ułatwienie zidentyfikowania danego dokumentu i przypisania go do konkretnego postępowania. Dokument ten został złożony w aktualnym postępowaniu, a więc do niego się odnosi, także tytuł punktu 3 Formularza cenowego nie stanowi treści oferty, jako że jest to jedynie oznaczanie grupy robót z kosztorysu ofertowego, a nie pozycja kosztorysu według Formularza – podlegająca wycenie. Wskazanie takich niezgodności nie mogło być powodem odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **143. Sygn. akt: KIO 2033/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r.**

Należy zauważyć, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i toczy się według określonej procedury, to forma prezentowania wymaganych informacji w ofercie nie ma istotnego znaczenia, jeśli merytorycznie treść oferty potwierdza spełnienie wymagań SIWZ, w szczególności wówczas, gdy zamawiający nie zastrzegł określonego sposobu prezentacji w ofercie wymaganych informacji, nie ma podstaw, aby uznać, że oferta nie spełnia wymagań.

#### **144. Sygn. akt: KIO 2144/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

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

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania,

którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wskazał i nie powołał żadnych niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w scharakteryzowanym powyżej rozumieniu. Zamawiający wskazał co najwyżej na niezgodność z treścią SIWZ treści wyjaśnień Odwołującego (lub raczej niezgodność własnej interpretacji treści tych wyjaśnień) albo niezgodność własnych wyobrażeń na temat planów i intencji wykonawcy, co do sposobu wykonywania zamówienia. Tymczasem zgodnie z art. 82 ustawy nie ma innej treści oferty składanej w publicznym przetargu, niż wyrażona na piśmie w sposób przewidziany przepisami prawa oraz wymaganiami SIWZ. Właśnie z tak sporządzonej i złożonej oferty (często zestawionej z dokumentami, do których oferta referuje) wynika opis zobowiązania zaciąganego przez wykonawcę składającego ofertę. Jasnej, złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie, w tym na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zdanie drugie tego przepisu wprost stanowi, iż zakazuje się jakichkolwiek zmian w treści oferty, za wyjątkiem zmian wskazanych w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp, które są dokonywane przez zamawiającego. Bez znaczenia jest więc w tym przypadku – i w tym kontekście – ocena treści wyjaśnień Odwołującego czy brak ich złożenia.

W tym przypadku, według kształtu oferty zaprojektowanego w SIWZ, Zamawiający generalnie wymagał, aby wykonawca zobowiązał się w ofercie do wykonania zamawianej usługi na zasadach i w sposób opisany w SIWZ. Odwołujący wypełnił w treści swojej oferty wymagania Zamawiającego i tak opisane zobowiązanie zaciągnął. Oferta wykonawcy pozostaje więc w tym zakresie idealnie zgodna z treścią SIWZ i nie mogą jej zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy. Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty ani na rozprawie przed Izłą, nie podał żadnych konkretnych postanowień SIWZ, z którymi zastana treść oferty Odwołującego miała być niezgodna, a także nie podał, które to konkretnie zobowiązania ofertowe, albo części oferty (jej konkretne postanowienia) są niezgodne z SIWZ i w jaki sposób.

#### **145. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.**

O zaoferowaniu wykonania innych rozwiązań niż wynikające z dokumentacji projektowej świadczą m.in. odpowiedzi na pytania nr 47, 48, 49 i 50, w których Odwołujący poinformował, że: rozwiązania projektowe przedstawione przez Zamawiającego mogą być zastąpione równoważnymi rozwiązaniami, lecz znacznie oszczędniejszymi. Analogiczną treść miała odpowiedź na pytanie nr 65. Tymczasem rozwiązania równoważne, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, mogą być zastosowane przez wykonawcę, gdy przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w sposób inny niż ustalony przez Zamawiającego. Szczegółowe odpowiedzi na pytania Zamawiającego wskazują, że wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, iż ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich elementy, Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Przywołana wyżej ogólna deklaracja nie pozwala na pominięcie okoliczności ujawnionych w szczegółowej części wyjaśnień i nie stanowi o zgodności oferty z treścią SIWZ. Mimo że Odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez Zamawiającego.

Odwołujący przyjął, że niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykona inaczej, niż określono to w dokumentacji projektowej. Dokonanie – na etapie składania oferty – zmian wynikających z przeprowadzonych badań należy uznać w świetle postanowień SIWZ za niedopuszczalne. Na tym etapie wykonawca nie był uprawniony do wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej, a wycenienie innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie stanowi ofertę wariantową, podczas gdy zgodnie z punktem 7.3 tomu I SIWZ „Instrukcja dla wykonawców” (str. 7) Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Stanowi to niezgodność oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ i prowadzi do jej nieporównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, które zostały skalkulowane w oparciu o projekt przekazany przez Zamawiającego.

#### **146. Sygn. akt: KIO 2299/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r.**

W ofercie tak należy dookreślić zakres oferowanego świadczenia, aby Zamawiający mógł zweryfikować zgodność treści oferty z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Poziom szczegółowości opisu oferowanego przedmiotu powinien wynikać z poziomu szczegółowości postulowanego w SIWZ. Zamawiający oczekiwał podania nazwy oferowanego sprzętu, zatem należało podać oznaczenie identyfikujące dany przedmiot w taki sposób, aby umożliwić zgodność z treścią SIWZ. Odwołujący nie wpisał nazwy myszy bezprzewodowej, tak aby można było ocenić, czy oferowany produkt spełnia wymagane parametry. Nie podał też nazwy komputera stacjonarnego. Gdyby zaakceptować prawidłowość takiego działania, oznaczałoby to, że nie było konieczne podanie oznaczeń identyfikujących oferowany sprzęt, a wystarczyłoby złożyć załącznik nr 4 do SIWZ, specyfikację techniczną, bez jakiegokolwiek uzupełnienia pustych rubryk. Ewentualne dookreślenie oferowanego przedmiotu zamówienia na późniejszym etapie nie jest możliwe, ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców: przedmiot oferty musi być w niej określony w dniu jej złożenia.

#### **147. Sygn. akt: KIO 2370/14, Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r.**

(...) zadaniem Izby jest ocena zgodności dokonanych przez zamawiającego czynności z ustawą Pzp, nie jest natomiast zadaniem Izby zastępowania zamawiającego (Komisji przetargowej) w dokonywaniu jakichkolwiek czynności. Przypominając powyższe, skład orzekający Izby poddał ocenie czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na niemożność oceny tej oferty z powodu nieadekwatnego opisu, zawierającego braki, błędy lub usterki uniemożliwiające przyjęcie rozwiązania.

Kwalifikacja czynności zamawiającego jako czynności odrzucenia oferty odwołującego nie budzi wątpliwości Izby, ponieważ tylko wynikiem odrzucenia obu złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert (w tym oferty odwołującego) mogło być unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty, a taką właśnie podstawę i takie uzasadnienie unieważnienia wskazał zamawiający w piśmie przesłanym odwołującemu faksem w dniu 7 listopada 2014 r. Taka też była kwalifikacja odwołującego, który złożył odwołanie wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający potwierdził, że właśnie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ była w dalszej kolejności powodem unieważnienia postępowania.

Dostrzeżenia wymaga, że odrzucenie oferty jakiegokolwiek wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga skonfrontowania treści oferty z treścią SIWZ, do czego niezbędne jest w pierwszej kolejności wskazanie, jaka konkretnie treść oferty danego wykonawcy z jaką treścią SIWZ jest porównywana (tj. czego dotyczy niezgodność), a w dalszej kolejności niezbędne jest opisanie, na czym niezgodność ta polega (tj. uzasadnienie wniosku



o stwierdzonej w danym zakresie niezgodności). Dopiero tak dokonana konfrontacja pozwala na wysnucie wniosku o niezgodności treści obu dokumentów. Tymczasem zamawiający ani w piśmie z dnia 7 listopada 2014 r. przesłanym odwołującemu w tym samym dniu, ani w żadnym innym dokumencie w ramach przesłanej do Izby dokumentacji postępowania, ani nawet w odpowiedzi na odwołanie nie wskazał, jaka konkretnie treść oferty odwołującego, z jaką konkretnie treścią SIWZ jest niezgodna. Zaznaczenia przy tym wymaga, że ogólne odwołanie się przez zamawiającego w Protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej w (...) z dnia 7 listopada 2014 r. (abstrahując nawet od faktu, że Protokół ten nie został, pomimo zapowiedzi, przesłany odwołującemu jako element realizacji obowiązku zamawiającego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) do treści załącznika nr 2 do SIWZ jako takiego nie może zostać uznane jako wskazanie, pozwalające na ustalenie konkretnych w świetle SIWZ niezgodności oferty skoro załącznik ten jest dziesięciostronicowym dokumentem zawierającym wiele wymagań zamawiającego odnośnie do przedmiotu zamówienia. Sam ten fakt sprawia, że skład orzekający Izby, oceniając prawidłowość czynności odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego nie mógł uznać, że była to czynność zgodna z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w istocie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający dokonał w całkowitym oderwaniu tak od treści SIWZ, jak i treści oferty odwołującego.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że brak jest w dokumentacji przedmiotowego postępowania jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby na analizę zamawiającego co do możliwości wyeliminowania dostrzeżonej przez zamawiającego niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 – a przecież dopiero brak możliwości doprowadzenia do zgodności treści oferty z treścią SIWZ z wykorzystaniem tego przepisu stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

#### **148. Sygn. akt: KIO 2467/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.**

Zamawiający bardzo szczegółowo opisał w SIWZ sposób obliczenia cen jednostkowych oraz jednoznacznie wymagał rozpisania poszczególnych elementów tych cen jednostkowych w formularzu kosztorysu, stanowiącym załącznik do oferty, a także załącznik do wzoru umowy. Zamawiający nie dopuścił w SIWZ możliwości ustalenia tych cen w sposób dowolnie przyjęty przez wykonawcę, a składowe tych cen należało przedstawić w kosztorysie w określony przez Zamawiającego sposób.

Przy obliczeniu cen jednostkowych należało zastosować się do procedury określonej w załączniku nr 9 do SIWZ, a zatem niewypełnienie kosztorysu, zgodnie z tą instrukcją skutkować powinno niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby, odstąpienie przez Zamawiającego od powyższych wymagań SIWZ na etapie oceny ofert skutkowałoby naruszeniem w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego, Zamawiający jest zobowiązany do zweryfikowania prawidłowości złożonych przez wykonawców kosztorysów, pod względem zgodności ich wypełnienia z wymaganiami określonymi w załączniku nr 9 do SIWZ. Posiadając szczegółowe informacje w ofertach o tym, w jaki sposób wykonawcy skalkulowali ceny jednostkowe określonych przez Zamawiającego czynności, które będą rozliczane przy wykonywaniu umowy, Zamawiający nie może pominąć przy badaniu ofert niezgodności w obliczeniu tych cen z wymaganiami załącznika nr 9 lecz ma obowiązek je zbadać i ocenić w kontekście postawionych wymagań. Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że wytyczne zawarte w załączniku nr 9 do SIWZ miały jedynie charakter informacyjny, niewiążący. Zauważyć należy, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zawarł stwierdzenia, z którego można byłoby wywodzić, że informacja o sposobie wypełnienia kosztorysu nie jest wiążąca dla wykonawców.

Wymóg wypełnienia kosztorysu realizacji zadania sporządzonego w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego oraz zgodnie ze szczegółową instrukcją wypełnienia kosztorysu, biorąc pod uwagę charakter kosztorysowego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, ma niewątpliwie charakter merytoryczny, a ich naruszenie winno być oceniane w aspekcie niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest m.in. fakt, że wypełniony kosztorys stanowić będzie docelowo załącznik do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający był zobowiązany do zbadania ofert pod względem zgodności kosztorysów z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 9, a w przypadku stwierdzenia niezgodności – zastosować dostępne w ramach ustawy Pzp procedury poprawienia omyłek, w tym w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także w przypadku wątpliwości co do treści kosztorysu (oferty) wezwać wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Dopiero po wyczerpaniu możliwości, które są przewidziane w tych przepisach Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany podjąć decyzję w przedmiocie odrzucenia danej oferty.

#### **149. Sygn. akt: KIO 2493/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.**

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że zapisy SIWZ dotyczące konieczności przedstawienia przez wykonawców Zestawienia kosztów (Załącznik nr 1A do SIWZ) miały znaczenie dla Zamawiającego jedynie z punktu widzenia wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, a nie z punktu widzenia określenia zakresu przedmiotu świadczenia. Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedłożenia tego zestawienia, aby móc ewentualnie dokonać oceny sposobu wyceny elementów przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, które następnie będą miały przełożenie na sporządzany, wyłącznie przez wykonawcę wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, harmonogram rzeczowo-finansowy. Załącznik nr 1a do SIWZ miał zatem mieć jedynie charakter informacyjnych w zakresie analizy elementów wyceny ceny ofertowej wykonawcy. Sporządzony przez Zamawiającego na etapie SIWZ wzór tego Załącznika nie był zbyt szczegółowy. Zamawiający nie wymagał też, aby w tym Zestawieniu ujmować koszty w sposób bardziej szczegółowy, np. z podziałem na istotne elementy systemu, który w efekcie realizacji tego zamówienia ma powstać (tak jak choćby wskazywał Odwołujący – z wydzieleniem kosztów związanych z realizacją systemu informacji pasażerskiej oraz zarządzania flotą). Skoro Zamawiający w SIWZ, w samym Załączniku nr 1a do SIWZ przewidział określony podział informacji o kosztach i Przystępujący wprost zastosował się do tego podziału, nie przewidując w tym zakresie dodatkowego uszczegółowienia, nie można czynić wobec niego zarzutu, iż postąpił w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ. Wycena dokonywana w Załączniku nr 1A do SIWZ mogła być oczywiście bardziej szczegółowa, ale wprost takiego wymogu Zamawiający nie postawił wykonawcom w SIWZ. Szczegółowa wycena całego przedmiotu zamówienia z podziałem na odpowiedni czas realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zostanie dopiero sporządzona – zgodnie z wymogami SIWZ – tuż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, z jednym wybranym w postępowaniu wykonawcą, w ramach sporządzanego przez niego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wycena ta musi oczywiście uwzględniać treść oferty wykonawcy i sporządzony przez niego na etapie składania ofert Załącznik nr 1a. Harmonogram ten może być jednak bardziej szczegółowy, może też agregować określone pozycje z Załącznika nr 1a, ważne, aby uwzględniał jego treść. Rozliczenie wynagrodzenia umownego będzie następowało w oparciu właśnie o wskazany harmonogram. (...)

Istotne w postępowaniu jest to, że wynagrodzenie określone przez Zamawiającego w SIWZ za realizację niniejszego przedmiotu zamówienia, miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższa okoliczność nie była sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem. W ramach tego wynagrodzenia wykonawca zobowiązał się do wyko-

nania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ. Warunki realizacji przedmiotowego zamówienia także są szczególne. Zgodnie z postanowieniami SIWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia wymaga nie tylko wykonania określonego systemu informacji pasażerskiej z jego wszystkimi elementami, ale także przed jego wykonaniem (zainstalowaniem i wdrożeniem) oczekuje jego zaprojektowania, czyli stworzenia odpowiedniego projektu wymaganego przez Zamawiającego systemu z odpowiednim pomysłem na skonfigurowanie określonych urządzeń, sprzętu, oprogramowania i przeprowadzenia określonych prac instalacyjnych, czy przyłączeniowych i sposobu ich realizacji przy użyciu określonego sprzętu, osób techniki, czy też konieczności ochrony konkretnych praw. Tak więc dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia powstanie konkretna koncepcja wykonania przedmiotu zamówienia, która w sposób szczegółowy będzie uwzględniała określone ilości konkretnych urządzeń, sprzętu, oprogramowania licencji itd.

Tak więc charakter przedmiotu zamówienia, sposób rozliczenia kontraktu z wykonawcą oraz brak konkretnych wymogów Zamawiającego co do minimalnego, wymaganego poziomu szczegółowości wyceny wykonawców w Załączniku nr 1a, poza treścią zawartą we wzorze tego dokumentu, pozwalały Izbie na stwierdzenie, że oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ, bowiem obejmuje swoim zakresem także trzy elementy, na które Odwołujący wskazywał w treści odwołania. Brak szczegółowej wyceny tych elementów w Załączniku nr 1a do SIWZ ze wskazanych wyżej względów nie świadczy o braku ich zaoferowania w treści oferty i objęcia sporządzoną wyceną, a tym samym nie świadczy o sprzeczności treści oferty Przystępującego z SIWZ.

#### **150. Sygn. akt: KIO 2519/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.**

(...) Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający był zobowiązany do dopuszczenia rozwiązań równoważnych z mocy art. 30 ust. 4 ustawy i w związku z art. 29 ust. 2 ustawy, a przy nieokreśleniu granic równoważności przez zamawiającego nie sposób dopatrzeć się w treści oferty odwołującego niezgodności z treścią siwz, a zamawiający nie wykazał, że rozwiązanie zaoferowane nie jest ekwiwalentne zamawianemu w zakresie możliwości zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 29 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 2 ustawy potwierdził się i zamawiający naruszył powyższe przepisy odrzucając ofertę odwołującego.

#### **151. Sygn. akt: KIO 2558/14, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014 r.**

Podkreślenia wymaga to, że skutki niezłożenia wraz z ofertą wymaganego harmonogramu rzeczowo-finansowego zależą od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach). Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny. W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
- c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie Izby żaden z tych elementów nie został spełniony w przedmiotowym postępowaniu, co prowadzić musiało do wniosku, że harmonogram finansowo-rzeczowy, który wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą nie stanowił treści oferty, tj. zobowiązania wykonawcy do wykonania świadczenia w określony sposób. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, aby harmonogram rzeczowo-finansowy miał charakter podstawowy i w konsekwencji stanowił o ważności treści oświadczenia woli znajdującego się w ofercie. Dokument ten nie był powiązany z wzorem umowy, nie stanowił załącznika do przyszłej umowy, co więcej nie był nawet w tej umowie wymieniany. Wzór umowy odnosił się do harmonogramu wywozu odpadów komunalnych. Ten jednak miał zostać opracowany i przekazany przez samego Zamawiającego. W treści SIWZ Zamawiający nie powiązał terminów płatności z wykonaniem i rozliczeniem jakiegoś etapu prac. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie z dnia 20 listopada 2014 roku Zamawiający, charakter zamawianej usługi uniemożliwia takiego rodzaju powiązania. Usługa odbioru odpadów jest usługą świadczoną w sposób ciągły, bez możliwości podziału na jakiegokolwiek etapy, za które mogłoby nastąpić rozliczenie. Owo rozliczenie odbywało będzie się w cyklach miesięcznych, powykonawczo, przy uwzględnieniu rzeczywistej ilości odebranych odpadów. Po trzecie, we wzorze umowy nie zostały zastrzeżone jakiegokolwiek kary umowne za niedotrzymanie harmonogramu. Z tych powodów należało uznać, że był to dokument przedmiotowy o charakterze nieistotnym.

### **152. Sygn. akt: KIO 2543/14, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r.**

Oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie parametrów agregatu prądotwórczego, co zasadniczo nie było sporne. Odwołujący podnosił jedynie, że pomyłkowo do oferty załączał standardową kartę katalogową, gdy tymczasem zamierzał załączyć kartę katalogową urzędnika spersonalizowaną zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ofercie Odwołującego nie znajdowała się żadna sprzeczność, oferta nie budziła żadnych wątpliwości, a jedynie była niezgodna z SIWZ. W takich okolicznościach Izba uznała, że nie jest możliwa konwalidacja oferty Odwołującego przez wymianę karty katalogowej na inną – urzędnika zgodnego z SIWZ. Prowadziłoby to bowiem do wymiany urzędnika niezgodnego z SIWZ, wskazanego w ofercie, na urządzenie zgodne z SIWZ. Oczywiście można założyć, że zaferowanie urzędnika zgodnego z SIWZ było intencją Odwołującego, jednak ta intencja nie została w żaden sposób wyrażona w ofercie. Nie można uznać za wystarczającą podstawę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych niezgodność tejże oferty z SIWZ.

Jeżeli nawet przyjąć, że karta katalogowa w niniejszym postępowaniu należała do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. była dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie można automatycznie zakładać, że jest to dokument podlegający uzupełnieniu czy wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych. Jeżeli w dokumencie tego rodzaju jest bowiem jednoznacznie, wyraźnie, bez żadnych wątpliwości określony przedmiot zamówienia, przy czym nie ma sprzeczności między tym dokumentem a innymi dokumentami załączonymi do oferty, to w takim wypadku wymiana tego dokumentu oznaczałaby zmianę treści oferty.

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

### **153. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

W odniesieniu do kwestii manipulowania proporcjami poszczególnych usług i ich wyceną należy wskazać, że w określonych sytuacjach działanie to może być kwalifikowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie Izby przyjęto dotychczas, że sytuacja ta zachodzi, gdy manipulacja cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, wskazuje na zaferowanie tych cen jednostkowych

w oderwaniu od cen rynkowych i jest nakierowana wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13; wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11). Powyższe koresponduje także ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który w ramach przeprowadzanej kontroli uznał, że działanie wykonawcy polegające na manipulowaniu kryteriami oceny ofert celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona dokonania czynu nieuczciwej konkurencji (por. Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

Podzielając w pełni trafność powyższych ocen należy wskazać, iż okoliczności niniejszej sprawy nie uzasadniają ich zastosowania do oceny zarzutów podniesionych przez Odwołującego. W niniejszej sprawie ceny za poszczególne usługi nie były bowiem odrębnymi kryteriami oceny ofert, sposób wyceny poszczególnych usług nie zapewniał wykonawcom żadnej dodatkowej punktacji, a decydujące znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej miała cena całkowita.

#### **154. Sygn. akt: KIO 2069/14, Wyrok KIO z dnia 21 października 2014 r.**

Jak wskazuje się w orzecznictwie, można w świetle normy ogólnej odmówić uznania za czyn nieuczciwej konkurencji zachowania, które aczkolwiek formalnie wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, ale trudno uznać je, w danych okolicznościach faktycznych, za sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdy podmiotowi podnoszącemu zarzut można postawić zarzut *venire contra factum proprium* (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V Aca 328/07). Powyższe zostało przytoczone dla podkreślenia, że (hipotetycznie) nawet w sytuacji uznania, kwestionowanego przez Odwołującego działania Przystępującego, za czyn nieuczciwej konkurencji – ku czemu brak jest jednak w tej sprawie podstaw faktycznych i prawnych – odwołanie nie zasługiwałoby na uwzględnienie, gdyż nie zasługuje na ochronę prawną, ten kto sam praktykuje tego rodzaju działania (*venire contra factum proprium nemini licet* – nie wolno występować przeciwko temu, co wynika z własnych czynów).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, działaniu (...) S.A., nie można przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji, ani w oparciu o art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ani w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy. Popęlenie czynu nieuczciwej konkurencji, będącego poważnym złamaniem podstawowej reguły działalności gospodarczej, podważającym renomę danego przedsiębiorcy, wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących przypisanie wykonawcy tego rodzaju działania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, a okoliczności sprawy nie potwierdziły stawianych w tej materii zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, że w myśl tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Użyte w tym przepisie sformułowanie „w celu” wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej (por. wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 708/13). Wykonawcy powinno być udowodnione, że zaniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców.

#### **155. Sygn. akt: KIO 2052/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r.**

(...) za udowodnione Izba uznała okoliczności podnoszone przez Strony, tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy przed Izłą, istnienia wzajemnych powiązań organizacyjnych i gospo-



darczych wykonawców: Przystępującego i Tomasz F. z podmiotami udostępniającymi każdemu z nich swe zasoby. Izba uwzględniła przy tym m.in. to, że:

- podmiotami udostępniającymi swoje zasoby obu wykonawcom były osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, będące jednocześnie współnikami spółki – Przystępującego – i pełniące w tej spółce funkcje w zarządzie, a zatem organie spółki, który podejmuje decyzję m.in. o warunkach, na jakich składane są oferty przez spółkę – Przystępującego,
- wykonawca: Tomasz F. i jeden z podmiotów udostępniających mu swoje zasoby tj. Marek F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą X Marek F. w O. w ogólnodostępnym rejestrze mają wpisany ten sam adres głównego miejsca wykonywania działalności, co znajduje też swe potwierdzenie w pieczęciach firmowych, którymi opatrzyli oni przedstawione przez siebie oświadczenia i dokumenty,
- zaistniała w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego sekwencję zdarzeń – przedstawienie przez obu wykonawców ofert (różniących się ceną o blisko 6 mln zł, co podnosił Zamawiający), które wymagały wezwania każdego z nich do uzupełnienia odpowiednich oświadczeń lub dokumentów, a następnie, już po poznaniu innych ofert w tym postępowaniu złożonych, uzupełnienie tychże dokumentów w taki sposób, że koniecznym było wykluczenie przez Zamawiającego tego z nich, którzy przedstawił tańszą z ofertę.

Okoliczności sprawy wskazują na to, że powiązani ze sobą organizacyjnie i gospodarczo wykonawcy, świadomie wykorzystali procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do doprowadzenia Zamawiającego do takiej sytuacji, w której byłby on zmuszony wybrać ofertę tego z nich, który zaoferował cenę o blisko 6 milionów złotych droższą. Takie postępowanie należy ocenić, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, mające na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej. Kooperując wykonawcy ci, poprzez swoje celowe działanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęli na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze droższej oferty.

#### **156. Sygn. akt: KIO 2151/14, Wyrok KIO z dnia 31 października 2014 r.**

Izba podejmując swe rozstrzygnięcie uwzględniła stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06). Uznała bowiem, iż ustalenie dopuszczenia się przez wykonawców niedozwolonych, w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, praktyk możliwe jest również, z uwagi na dostrzeżoną przez Sąd Najwyższy w powołanym orzeczeniu specyfikę tych spraw, na podstawie dowodów pośrednich – „wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia (...), konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych”. Jak słusznie zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 517/13: „udowodnienie zaistnienia zmywy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmywy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego”. (...)

Uprawnieniem wszak, nie obowiązkiem wykonawcy, jest możliwość przedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą i wniesienia nowego wadium, czy to samodzielnie, czy to na wezwanie Zamawiającego. W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, brak takiej zgody ze strony wykonawcy będzie jednoznaczny z jego rezygnacją z dalszego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co po stronie Zamawiającego rodzi obowiązek wykluczenia wykonawcy, który takiej zgody nie wyraził. (...)

Brak bowiem, w ocenie Izby, podstaw dla przyjęcia, iż takie postępowanie przywołanych wykonawców było wynikiem porozumienia zawartego przez trzech wskazanych przez Odwołującego wykonawców. Co istotne, Odwołujący, w odniesieniu do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, wskazywał jedynie na czynności, które, jak sam zresztą przyznał, były czynnościami znajdującymi swe oparcie w przepisach ustawy Pzp.

#### **157. Sygn. akt: KIO 2169/14, Wyrok KIO z dnia 31 października 2014 r.**

Działaniu Zamawiającego nie można przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji także na podstawie, powołanego w treści odwołania, art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – przyp. red.]. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Warto w tym miejscu przywołać pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2589/12, iż „wątpliwe jest czy zamawiającego można uznać za przedsiębiorcę konkurującego z wykonawcami, jak również czy tych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia można uznać za klientów zamawiającego w rozumieniu u.z.n.k.” W niniejszej sprawie Izba miała jednak na uwadze status prawny Zamawiającego, będącego spółką prowadzącą działalność związaną z wykonywaniem służby publicznej w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich. W tym kontekście klauzula generalna zawarta w art. 3 ust. 1 ww. ustawy mogła, co do zasady, zostać odniesiona do działań Zamawiającego. Przedmiotowy zarzut nie został jednak udowodniony przez Odwołującego, w szczególności nie wykazano, z jakimi przepisami bądź dobrymi obyczajami miały pozostawać w sprzeczności kwestionowane postanowienia SIWZ.

#### **158. Sygn. akt: KIO 2254/14, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r.**

Znalazł zaś potwierdzenie, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Analiza zachowania Przystępującego na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształt Konsorcjum i podział usług zaproponowanych do realizacji przez każdego członka tegoż Konsorcjum, przy uwzględnieniu daty rozpoczęcia działalności przez poszczególne spółki skłania do stwierdzenia, że skład osobowy Konsorcjum został dobrany w taki sposób, aby istotną część zamówienia realizowały spółki, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że każda ze spółek, biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonej działalności, mogłaby wykonać przedmiotowe zamówienie samodzielnie.

Wobec takiego zachowania dochodzi do sytuacji, iż w istocie Przystępujący w warunkach zamówienia publicznego, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie konkuruje tak jak inni wykonawcy ceną brutto a ceną netto, bowiem poprzez powołanie grupy spółek (częstokroć na potrzeby tylko danego zamówienia, biorąc pod uwagę powoływane limity) i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia może zaproponować zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę netto. Jednocześnie uzyskując w ten sposób przewagę w wysokości 23% dla tej części usług, które nie podlegają opodatkowaniu, zyskuje możliwość nałożenia na daną usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców. Powyższe działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo. Izba zdecydowanie sprzeciwia się takim praktykom. W konsekwencji bowiem powyższe doprowadzi do unicestwienia konkurencji, albo konieczności mnożenia siostrzanych spółek w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT, co wpływa na zafalszowanie obrazu rzeczywistości gospodarczej. Stąd też we wskazanych okolicznościach, w ocenie Izby, pojęcie

czynu nieuczciwej konkurencji, które na gruncie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konstytuują następujące elementy: 1) aktywność w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 ustawy), 2) sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, 3) zagrożenie naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, zostało wypełnione, a opisane zachowanie stanowi delikt nieuczciwej konkurencji. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, zdaniem Izby, że uczciwość kupiecka stanowiąca desygnat pojęcia „dobre obyczaje” w działalności handlowej została złamana, a przez to w danym segmencie rynku naruszono interesy innych przedsiębiorców, powodując zagrożenie dla ich dalszego funkcjonowania. W przedmiotowym postępowaniu doszło zatem do złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jej odrzuceniem.

### **159. Sygn. akt: KIO 2285/14, KIO 2328/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Odwołujący upatrywał w okoliczności złożenia ofert przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. O nieuczciwej praktyce w rozumieniu przywołanej ustawy stanowić miała wzajemna wiedza tych wykonawców o założeniach cenowych, wynikająca z udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji ok. 80% całości zamówienia, której pozbawiony został Odwołujący.

Odnosząc się do czynu z art. 3 ust. 1 ustawy o zw.n.k. [u.z.n.k. – *przyp. red.*] należy zwrócić uwagę na generalny charakter klauzuli zgodności z ustawą i dobrymi obyczajami, które można odnieść tak do reguł określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i ustalonych w siww w odniesieniu do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, w opisane sytuacji miało dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż grono wykonawców miało mieć dodatkową wiedzę co do istotnych dla całości zamówienia założeń cenowych przyjętych w tych ofertach, a wynikających z kosztu wynagrodzenia tego samego podmiotu udostępniającego swój potencjał i mającego uczestniczyć w wykonaniu przeważającej części zamówienia. Podstaw do uznania działań wykonawców za wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący upatrywał w naruszeniu dobrych obyczajów, które wymagałyby złożenia oferty przez tych wykonawców ewentualnie w konsorcjum.

Rozstrzygając o zasadności tak postawionego zarzutu Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż samo korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jako dopuszczone wprost przepisem art. 26 ust. 2b ustawy nie może być oceniane jako sprzeczne z prawem. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wprowadza ograniczeń co do udziału podmiotów udostępniających swój potencjał w charakterze wykonawcy składającego własną ofertę. Również z dopuszczenia w przepisach ustawy możliwości zawiązania konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o zamówienia nie można wywodzić istnienia takiego obowiązku. To w gestii swobodnej decyzji wykonawcy leży podjęcie decyzji co do udziału w postępowaniu poprzedzoną oceną jego możliwości i przygotowania do wykonania zamówienia. W przypadku zamówień, przy których występuje ograniczone grono dostawców sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia, jak np. przy budowie systemów informatycznych, nie jest rzadką sytuacją, w której producent sprzętu, będąc jednocześnie samodzielnym wykonawcą składającym ofertę, udostępnia swój potencjał techniczny innym podmiotów zainteresowanym złożeniem oferty. Również w przedmiotowym postępowaniu zachodzi potrzeba pozyskania specjalistycznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i monitoringu od producenta. W tej sytuacji znaczna część wykonawców, którzy złożyli oferty zmuszona była do podjęcia rozmów z potencjalnym dostawcą (podwykonawcą), co znalazło swój wyraz w treści ofert. W ocenie Izby, takie działanie nie narusza dobrych obyczajów, ale jest wyrazem rzeczywistej sytuacji na rynku. Trudno

jest również wskazać, w jaki sposób utrudniony zostałby dostęp Odwołującemu do zamówienia. Twierdzenia o rzekomej wiedzy grupy podmiotów o elementach kalkulacyjnych wspólnych z uwagi na korzystanie z potencjału tego samego podmiotu nie przekonują. Każdy z wykonawców, który złożył ofertę musiał skalkulować rzeczywiste koszty i brak jest przekonującej argumentacji za tym, iż składając ofertę nie dążyli do uzyskania zamówienia dla siebie. Fakt, iż to nie Odwołujący zaproponował najniższą cenę, nie może oznaczać, że doszło do zachwiania konkurencji w postępowaniu.

### **160. Sygn. akt: KIO 2463/14, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2014 r.**

Fakt ewidentnej kolizji interesów wykonawcy, który uzyskał zamówienie na utrzymanie dróg oraz złożył ofertę na nadzór nad tym utrzymaniem, mógł bowiem i powinien być rozpatrywany nie tylko przez pryzmat nieważności czynności prawnej – tak jak uczynił to Zamawiający [a w tym zakresie także w odniesieniu do przesłanki z art. 58 § 2 dotyczącej natury stosunku cywilnoprawnego] – ale także, lub przede wszystkim, w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 stawy]. Wartości nadrzędne i klauzule generalne, do których odwoływał się Zamawiający, a które zmaterializowały się w tym postępowaniu mogły być postrzegane w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.] stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Taka interpretacja stosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika zarówno z piśmiennictwa na ten temat, jak i z orzecznictwa. Za znamienny i adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.” Norma zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rozgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurowania od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające zatem jest ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne jako sprzeczne nie tylko z przepisami, ale z dobrymi obyczajami, a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania – podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

Złożenie oferty, w następstwie której zawarcie umowy niweczyłoby sens zamówienia prowadząc nadzór nad czynnościami do nadzoru nad samym sobą, jak również stawiając podmiot kontrolujący i kontrolowany w dogodnej, sprzecznej z istotą nadzoru pozycji, może i powinno być rozpatrywane przez pryzmat regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji z tym samym uzasadnieniem jakie przyjął Zamawiający dla odrzucenia oferty Odwołującej – powinno być opratrzone dalszą, poszerzoną podstawą odrzucenia oferty Odwołującej.

**161. Sygn. akt: KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14,  
Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.**

Użycie przez ustawodawcę pojęcia „złożenie oferty” w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wyraźnie adresuje omawiane przepisy do stanu rzeczy istniejącego w dacie złożenia ofert. Zatem późniejsze wycofanie pełnomocnictwa Pani Hanny B do uczestnictwa w aukcji elektronicznej w imieniu X Sp. z o.o. pozostaje bez znaczenia dla oceny czynności zamawiającego.

Przywołane ustalenia nakazują uznanie, że X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. nie występują w obrocie jako dwa całkowicie odrębne i niezależne podmioty. Mimo, że nie są one powiązane kapitałowo, to istniejące powiązania osobowe i organizacyjne wskazują na ścisłą współpracę. Y Sp. z o.o. w świetle dokonanych ustaleń prezentuje się jak podmiot wchodzący w skład holdingu X, działającego w Polsce poprzez kilkadziesiąt spółek i oddziałów, nie zaś jako samodzielny uczestnik rynku. Trudno też uznać, że prowadzenie przez pracownika X Sp. z o.o. Panią Hannę B., działalności gospodarczej, w segmencie rynku, na którym działa X Sp. z o.o., mogło nastąpić bez wiedzy i zgody pracodawcy.

Przy ocenie, że powołane okoliczności wskazują, że odwołujący działali w porozumieniu i tym samym przez złożenie ofert dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uwzględniła, że zamawiający ustalił, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Z punktu widzenia interesów zamawiającego przeprowadzenie aukcji oznacza finalne uzyskanie oferty z warunkami korzystniejszymi, niż wynikałoby to z oferty złożonej do upływu terminu składania ofert (oferty papierowej). Z punktu widzenia wykonawców uczestnictwo w aukcji wiąże się z szansą na uzyskanie zamówienia, nawet jeśli oferta papierowa danego wykonawcy nie była najkorzystniejsza, jednak barierą dla wykonawcy uczestniczącego w aukcji jest opłacalność wykonania zamówienia oraz możliwość osiągnięcia zysku, które określają granicę składania kolejnych postąpień.

W toku kolejnych postąpień wykonawca zbliża cenę swojej oferty do poziomu kosztów ograniczając spodziewany zysk. Z tego względu istotna jest nie tylko znajomość własnych możliwości ekonomicznych, ale również wiedza danego wykonawcy o poziomie cen wskazywanych przez innych konkurujących wykonawców. W konsekwencji powiązanie personalne odwołujących przez osobę Pani Hanny B. ma doniosłe znaczenie dla zachowania zasad uczciwej konkurencji w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty. Jej uczestnictwo w postępowaniu po stronie obojgu odwołujących zapewniało transfer wiedzy istotnej dla możliwości uzyskania zamówienia lub osiągnięcia większego zysku przez obu odwołujących ze szkodą dla pozostałych wykonawców, którzy mają w tej sytuacji mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia, co prowadzi do ograniczenia konkurencji. Działanie odwołujących narusza interesy innych przedsiębiorców, gdyż ogranicza im możliwość uzyskania zamówienia oraz interes klienta – zamawiającego, który wprowadzając ograniczenie liczby części zamówienia, na jakie ofertę może złożyć jeden wykonawca, świadomie zamierzał zdywersyfikować wykonanie przedmiotu zamówienia. To, że obaj odwołujący są podmiotami formalnie i kapitałowo odrębnymi nie wystarcza dla uznania, że nie mogą się oni dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy podejmują oni działania prowadzące do zachwiania uczciwej konkurencji.

Złożenie ofert przez odwołujących jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami.

Zamawiający stosownie do art. 83 ust. 3 Pzp ograniczył do trzech liczbę ofert częściowych, które może złożyć jeden wykonawca. Niezaskarżone w ustawowym terminie prekluzyjnym postanowienia SIWZ mają charakter wiążący. Fundamentalne znaczenie SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia nakazuje traktowanie jej jak prawa w postępowaniu. Naruszenie postanowień umowy może stanowić o niezgodności z prawem, o której stanowi art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.” pod red. J. Szwajgi, wyd. 3, str. 155, teza 84). W ocenie Izby również naruszenie wymagań SIWZ (odnoszącej się do przedkontrakto-



wych stosunków cywilnoprawnych) prowadzi do sprzeczności działania wykonawców z prawem i – przy zaistnieniu pozostałych przesłanek ustawowych – stanowi o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie miała również wątpliwości, że w okolicznościach badanej sprawy złożenie ofert w liczbie większej niż dopuszczona przez zamawiającego przez odwołujących działających w porozumieniu i funkcjonujących w obrocie gospodarczym w ścisłym powiązaniu jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Obejście ograniczenia liczby ofert jest sprzeczne z uczciwością kupiecką.

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

#### **162. Sygn. akt: KIO 1223/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

Specyfika przedmiotu zamówienia nie uzasadnia stosowania pojęcia rażąco niskiej ceny do cen za poszczególne usługi, gdyż nie są one oddzielnymi elementami przedmiotu zamówienia, lecz łącznie składają się na usługę oczekiwaną przez Zamawiającego. (...)

Badanie cen jednostkowych nie znajduje uzasadnienia także w określonych w SIWZ kryteriach ocen. Okolicznością uzasadniającą takie twierdzenia byłoby przykładowo nadanie cenom za poszczególne usługi cechy odrębnych kryteriów oceny ofert, przyznanie w ramach cen jednostkowych punktacji, która następnie stanowiłaby o ocenie całej oferty. W niniejszym postępowaniu tego rodzaju okoliczności nie miały miejsca, Zamawiający przewidział tylko jedno kryterium – najniższej ceny, a we wzorze służącym do obliczania ceny przyjął wartości odnoszące się do ceny ofert, a nie cen za poszczególne usługi (Rozdział XIX SIWZ).

Także sposób wynagradzania wykonawcy nie może stanowić okoliczności przemawiającej za odstąpieniem w niniejszej sprawie od zasady, iż to cena całkowita podlega badaniu w kontekście zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W § 7 ust. 1 i 2 projektu umowy (Załącznik nr 11 do SIWZ), przewidziano jedynie określenie łącznej całkowitej wysokości wynagrodzenia wykonawcy, oraz wysokości wynagrodzenia miesięcznego stanowiącego sumę wartości przyjętych dla usług składających się na przedmiot zamówienia.

#### **163. Sygn. akt: KIO 1504/14, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r.**

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. W ocenie Izby nie było uprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wskazany przepis i uznanie, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Izba nie kwestionuje przy tym, że cena ofertowa Odwołującego mogła budzić wątpliwości Zamawiającego, bowiem znacząco odbiegała ona przede wszystkim od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Z tych też względów Zamawiający słusznie wezwał Odwołującego do złożenia w tym przedmiocie przez niego stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tej czynności Zamawiającego zresztą Odwołujący nie kwestionował w treści swojego odwołania.

Podstawą uznania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny była – zdaniem Izby – ocena wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Odwołujący w nader szczegółowy sposób wskazał na obiektywne czynniki i okoliczności, które pozwalają temu wykonawcy na obniżenie swojej ceny ofertowej do poziomu odbiegającego od ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia odpowiednio powiększonej do wartości brutto (o wartość podatku VAT). Odwołujący pokazał poprzez swoje wyjaśnienia, ale również poprzez załączone dowody, że ma możliwość skorzystania w tym przypadku z wyjątkowo sprzyjających jemu właśnie warunków wykonania zamówienia. Odwołujący przede wszystkim wskazał na znaczące upusty, z których będzie mógł skorzystać w ramach tego zamówienia, a także w większej skali w związku z zakupami dokonywanymi jednocześnie dla kilku tego typu inwestycji realizowanych na tym samym rynku. W tym zakresie Odwołujący dołą-

czył do wyjaśnień szereg dokumentów, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego, potwierdzających przyznane mu przez poszczególnych producentów i dostawców upusty na różnym poziomie, w tym także upusty na znaczącym poziomie.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że są to upusty na materiały, które nie będą miały zastosowania w niniejszym zamówieniu. Sam Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że są to także upusty na materiały, które mają zastosowanie do robót wykończeniowych, które stanowią zasadniczy zakres przedmiotu zamówienia. Nie można także zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującymi do postępowania odwoławczego, że zastosowanie wobec Odwołującego upusty, na które powołuje się wskazany wykonawca w swoich wyjaśnieniach, są standardowe i są dostępne dla każdego z wykonawców funkcjonujących na danym rynku robót budowlanych. Wskazane podmioty w żaden sposób nie udowodniły wskazanej okoliczności. Tymczasem oferty cenowe załączone przez Odwołującego mają charakter indywidualny, są skierowane do podmiotów tworzących konsorcjum Odwołującego i dotyczą zakupu konkretnych materiałów i produktów. Upusty nawet na poziomie 50% czy 70% nie mogą być uznane za standardowe. Poza tym podkreślenia wymaga, że odnoszenie ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny jest właściwe w pierwszej kolejności co do wartości przedmiotu zamówienia, a więc należytego szacunku tej wartości zamówienia, dokonanego przez Zamawiającego w trybie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp (wartość netto), a więc z należyłą starannością – wartości, która powiększona jest o wartość podatku VAT. Ta wartość powinna być ustalona przez Zamawiającego bez stosowania upustów, które są właściwe dla konkretnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wynegocjowaną ofertę handlową z producentem czy dystrybutorem określonych materiałów. Skoro zatem pozostałe oferty złożone w postępowaniu nie odbiegają znacząco od tej wartości (szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT), należało przyjąć, że wskazani wykonawcy nie zastosowali w swoich ofertach takich znaczących upustów, z których skorzystał Odwołujący, biorąc pod uwagę konkretne, przedstawione przez niego, indywidualne oferty handlowe skierowane do Odwołującego. Oprócz upustów cenowych Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wymienił szereg innych okoliczności wskazujących na indywidualną, szczególną sytuację tego właśnie wykonawcy, pozwalającą mu na istotne obniżenie swojej ceny ofertowej, które nie były jedynie gołosłowne, ale potwierdzone właściwymi dokumentami (dowodami). Do tych dowodów Zamawiający *de facto* nie odniósł się, wskazując jedynie, że Odwołujący nie wykazał w sposób konkretny, jak wskazane przez Odwołującego okoliczności wpływają na obniżenie jego ceny ofertowej. Podkreślić należy, że Odwołujący nie ma obowiązku przedstawienia konkretnych wyliczeń ceny ofertowej w oparciu o skierowane do niego wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które ma charakter ogólny. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak w postanowieniach SIWZ, jak i kierując do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, nie wskazał na wymóg przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. Wskazać ponadto należy, że w ramach oferty wykonawcy w niniejszym postępowaniu mieli obowiązek wskazania jedynie elementów kalkulacyjnych przyjętych do wyceny oferty. Takie elementy zostały przedstawione w ofercie Odwołującego zaś Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego i uznając, że cena tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, w ogóle nie zakwestionował tych elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej Odwołującego. Także w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień takich szczególnych wyjaśnień Zamawiający od wykonawcy nie żądał. Tymczasem Odwołujący, biorąc powyższe pod uwagę w sposób szczegółowy wyspecyfikował różnego rodzaju obiektywne i właściwe dla niego okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny ofertowej, przedstawiając także w tym zakresie odpowiednie dowody.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający powinien był żądać od niego dodatkowych wyjaśnień we wskazanym zakresie, powyższe oczywiście jest prawem Zamawiającego, o ile nie stanowi w konkretnym stanie faktycznym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (np. żądanie dodatkowych wyjaśnień „do skutku” jedynie w celu „uratowania” konkretnej oferty), ale nie jego obowiązkiem. Nie-

mniej jednak w tym konkretnym przypadku – zdaniem Izby – Zamawiający dysponując wskazanymi wyjaśnieniami Odwołującego nie miał podstaw do uznania, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jeśli jakieś elementy wyjaśnień budziły jeszcze jego wątpliwości mógł faktycznie skorzystać z dodatkowych wyjaśnień tych elementów. W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

#### **164. Sygn. akt: KIO 1888/14, KIO 1896/14, Wyrok KIO z dnia 30 września 2014 r.**

Argumentacja odwołującego w przedmiocie niedoszacowania ceny oferty przystępującego jest wiarygodna. Jednakże zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zdaniem Izby, jest przedwczesny. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, aby przed ewentualnym odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i wykazania przed zamawiającym, że zaoferowana cena jest realna, konkurencyjna oparta na rzeczywistych kosztach ponoszonych przez wykonawcę. Brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi istotną przeszkodę do odrzucenia oferty. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp jest zasadny. Izba odstąpiła od nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert, gdyż wykonawca i tak podlega wykluczeniu z postępowania z innych przyczyn, co zostało wskazane powyżej, a tym samym oferta tego wykonawcy podlega uznaniu za odrzuconą (...).

#### **165. Sygn. akt: KIO 1909/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r.**

Nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tą cenę, jeśli nie zostało wykazane, że znaczenie podważanego elementu cenotwórczego jest tak duże, iż jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty.

#### **166. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc cenę pozostającą w rażącej dysproporcji do świadczenia, które oferuje wykonawca i jest nierealna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia. Zatem ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. W tym przypadku oceny należało dokonać z uwzględnieniem specyfiki usług telefonii komórkowej. Są to bowiem usługi będące szczególnym rodzajem zamówienia, w przypadku którego zauważalne jest systematyczne obniżanie wynagrodzenia operatorów, a dodatkowo przychodów wykonawcy nie stanowi jedynie jego wynagrodzenie za realizację usługi (jak to ma miejsce w przypadku robót budowlanych, dostaw czy większości usług), wykonawca uzyskuje bowiem przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich uiszczanych za połączenia przychodzące z innych sieci. Ponadto są to usługi, których wykonanie nie wymaga ze strony wykonawcy ponoszenia żadnych szczególnych nakładów czy inwestycji, poza obowiązkiem ponoszenia kosztów opłat MTR za połączenia i wiadomości wychodzące do sieci obcych.

**167. Sygn. akt: KIO 2284/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

W ocenie Izby, skoro wszystkie elementy oferty złożonej przez Odwołującego, mające wpływ na cenę przedmiotu zamówienia wycenione zostały przez Odwołującego w sposób oderwany od realiów rynkowych, to należy uznać, że cena zaferowana przez Odwołującego była nierealistyczna, niewiarygodna i całkowicie oderwana od realiów rynkowych, co wypełnia definicję ceny rażąco niskiej.

Odwołujący podnosił w trakcie rozprawy, że nie jest zakazane, aby wykonawca kompensował niższą cenę jednego elementu wyższą ceną za inny element. Należy zauważyć, że Odwołujący nie wyjaśnił, nawet w trakcie rozprawy, dokładnych kosztów takiej kompensacji, na czym miałyby ona polegać, nie wyjaśnił ceny, których dokładnie elementów są ze sobą kompensowane oraz nie wykazał, czy jest rzeczywiście możliwe całkowite pokrycie kosztów dostawy jednego elementu, dodatkowymi środkami związanymi z dostawą innego elementu.

**168. Sygn. akt: KIO 2398/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

Izba zważyła, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w kształtowaniu ceny w zakresie części waloryzowanej stawki za 1 wozokilometr, udziału waloryzacji paliwa, oraz udziału waloryzacji inflacji. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji minimalnych poziomów waloryzacji, nie przewidział też konsekwencji z tytułu nie uwzględnienia waloryzacji przy obliczeniu ceny. Izba uznała, że brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że przyjęte przez X założenia co do kształtowania się cen w okresie 10 lat nie zaistnieją. Zmieniająca się sytuacja gospodarcza i polityczna powoduje, iż nie ma możliwości przewidzenia w sposób pewny poziomu cen poszczególnych elementów w tak długim okresie tak, aby mogło to negatywnie wpływać na sytuację wykonawcy w postępowaniu poprzez uznanie jego ceny ofertowej za rażąco niską. Umowa zawierana na 10 lat ze swej istoty charakteryzuje się pewną dozą niepewności dla obu jej stron. Z uwagi na powyższe, zarówno założenia przyjęte przez X, jak i poczynione przez odwołującego mogą okazać się dalekie od realiów, które nastaną w toku realizacji zamówienia, ale też w równym stopniu dane przyjęte do kalkulacji przez każdego z wykonawców mogą okazać się adekwatne do sytuacji na rynku w poszczególnych okresach realizacji zamówienia. Wskazany powyżej brak pewności powoduje, że nie ma podstaw do uznania, że poziom waloryzacji założony przez wykonawcę X jest nierealny i nie pozwoli na prawidłową realizację zamówienia.

**Art. 89 ust. 1 pkt 5****169. Sygn. akt: KIO 1536/14, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r.**

(...) Zamawiający błędnie podał w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wskazany przepis nakłada bowiem obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się bowiem do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności,

to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu na ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Niniejsze postępowanie nie jest zaś prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego. Wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp było więc niewłaściwe, wystarczającym zaś było poprzestanie na wskazaniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

#### **170. Sygn. akt: KIO 1562/14, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r.**

Bezprzedmiotowy okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i to nie z powodu braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania a tym samym zaniechania odrzucenia oferty. Odwołujący nie dostrzegł regulacji przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, z mocy którego ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Skutek odrzucenia następuje więc z mocy prawa i nie wymaga podjęcia czynności przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zatem, gdyby w niniejszym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, to jego oferta *ex lege* uznana byłaby za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), a zaniechanie wykluczenia mogłoby prowadzić jedynie do naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a nie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wbrew pozorom zakres normowania obu przepisów nie pokrywa się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy bowiem sytuacji, w której ofertę składa wykonawca wykluczony lub niezaproszony do składania ofert. Okoliczność ta nie zaktualizuje się jednak w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

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

#### **171. Sygn. akt: KIO 2312/14, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2014 r.**

Sposób obliczenia cen jednostkowych, które nie były żądane w SIWZ i zamawiający nie wymagał obliczenia cen jednostkowych w opisany przez siebie sposób – jako ilorazu wartości netto i ilości jednostek przedmiarowych, nie stanowi błędu uzasadniającego odrzucenie oferty. Wartości netto obliczone jako iloczyn cen jednostkowych i ilości jednostek przedmiarowych, według obliczenia odwołującego, stanowią różnicę w stosunku do pierwszego sposobu obliczenia cen jednostkowych, w kwocie 2 230,52 zł.

Dwa odmienne sposoby obliczenia cen jednostkowych, przy braku jakichkolwiek wymagań ze strony zamawiającego, nie stanowią też omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

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

#### **172. Sygn. akt: KIO 2350/14, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2014 r.**

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest możliwość identyfikacji podpisu złożonego na dokumentach będących częścią oferty X Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego o braku identyfikowalności podpisu złożonego na formularzu ofertowym i kosztorysie. W ocenie Izby, identyfikację własnoręcznego podpisu złożonego na stronach oferty umożliwia zawarta na pierwszej stronie oferty treść „Ja/My niżej podpisany/i Robert K. działając w imieniu i na rzecz X Sp. z o.o.” Treść ta pozwala na stwierdzenie, iż złożony poniżej podpis nieczytelny należy do pana Roberta K., co potwierdził pan Robert K. osobiście na rozpra-



wie. Uprawnienie pana Roberta K. do reprezentowania wykonawcy potwierdzała treść odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego stanowiąca część oferty.

Ustaleniu temu nie przeczy okoliczność, iż na części stron oferty zostały złożone przez pana Roberta K. zarówno podpis czytelny, jak i nieczytelny. Ewentualne wątpliwości wynikające z treści innych dokumentów zawartych w ofercie czy będących w posiadaniu zamawiającego zamawiający mógł wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ma także znaczenia miejsce, w którym podpis się znajduje. Bez względu na to, czy jest to miejsce wyznaczone na formularzu przez zamawiającego, czy też jest to inne miejsce w obrębie tego formularza, złożenie identyfikowalnego podpisu spełnia przesłanki dokonania czynności, tj. złożenia piśmennego oświadczenia woli.

Izba stwierdziła, że złożenie podpisu nie opatrzonego pieczęcią imienną nie może skutkować odrzuceniem oferty, szczególnie w sytuacji, gdy istnieje możliwość weryfikacji podpisu i stwierdzenia jego pochodzenia. Tego rodzaju uchybienie formalne, wobec możliwości zidentyfikowania osoby, która podpis złożyła, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

### **Art. 90 ust. 1–3**

#### **173. Sygn. akt: KIO 1243/14, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r.**

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę. Ceny te należy bowiem odnieść także do cen ofert złożonych w danym postępowaniu, gdyż to dopiero one odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w tych samych warunkach gospodarczych. Natomiast istnienie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla uznania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. W tym stanie faktycznym cena zaoferowana przez wykonawcę (...) znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, jak i cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez dwóch innych wykonawców z wyjątkiem ceny oferty odwołującego, która jest zbliżona do ceny oferty wykonawcy (...). Nawet jednak cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca taki zobowiązany jest bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie, gdyż to właśnie udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

#### **174. Sygn. akt: KIO 997/14, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r.**

W zakresie relacji ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia, podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że „Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie

o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest – z perspektywy wykonawcy – konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców”.

Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.

#### **175. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.**

Również kryterium wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że cena oferty Przystępującego powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego na etapie badania ofert. Po pierwsze – poziom cen ofert wyznaczony w powyżej opisany sposób świadczy o relatywnie dużej adekwatności oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia na poziomie 199.498,22 zł, gdyż średnia z 5 lub 4 najbardziej zbliżonych cen ofert stanowi odpowiednio 89,52% i 91% tej wartości. Natomiast cena oferty Kancelarii Marcin K. stanowi zaledwie 48,5% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Wobec tego cena oferty Przystępującego jest dwa razy niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, podczas gdy poziom cen pozostałych ofert odbiega od tego oszacowania nieznacznie w przypadku 4 ofert, a w przypadku jednej, choć już wyraźnie, to i tak cena tej oferty {156.210,00 zł} jest o ponad 50% wyższa niż cena oferty Przystępującego.

Przede wszystkim jednak również inne okoliczności świadczą o tym, że wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego z należyłą starannością. Przyjęte w tej wycenie założenia świadczą o tym, że Zamawiający wziął pod uwagę nie tylko średnie wartości wynikające z poprzednio zawartych umów, ale również kierował się swoją wiedzą i doświadczeniem co do kosztów realizacji poszczególnych typów kontroli objętych przedmiotem zamówienia.

#### **176. Sygn. akt: KIO 1427/14, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2014 r.**

(...) Odwołujący wykazał co najmniej, że cena oferty Przystępującego w aktualnie prowadzonym postępowaniu jest zaniżona w takim stopniu w stosunku do wartości oszacowanej przez Zamawiającego, że rodzi to wątpliwości, czy nie jest ona rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, a usunięcie tych wątpliwości nie jest możliwe bez przeprowadzenia procedury uregulowanej w art. 90 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ustalił wartość udzielanego aktualnie zamówienia z dużą dozą staranności, biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w poprzednio przeprowadzonych postępowaniach, a także własne rozeznanie co do zakresu przedmiotu zamówienia. Punktem wyjścia była średnia z cen pięciu ofert złożonych w pierwotnie prowadzonym postępowaniu – obejmującym cały zakres przedmiotu zamówienia, który później został podzielony pomiędzy dwa odrębne postępowania – wynosząca 2.902.814,27 zł. Następnie Zamawiający w oparciu o własną wiedzę co do zakresu rzeczowego poszczególnych etapów inwestycji (I A, I B.1, I B.2 oraz II), ustalił, że etap I.B 2 ma udział 43%, a etap II 53%. Przekładało się to odpowiednio na kwoty 1.248.210,14 zł oraz 1.538.491,56 zł.

#### **177. Sygn. akt: KIO 1595/14, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r.**

Zdaniem Izby Zamawiający w sposób zasadny odrzucił ofertę uznając, że Odwołujący nie złożył wystarczających wyjaśnień pozwalających na uznanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba po pierwsze stwierdziła, że żądanie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

było uzasadnione, biorąc pod uwagę ustaloną przez Zamawiającego wartość szacunkową przedmiotu zamówienia oraz wartość całkowitą oferty Odwołującego przy uwzględnieniu także ceny ofertowej drugiego z wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu (oferta Przystępującego). Cena całkowita oferty Odwołującego (442 423,88 zł brutto) – w ocenie Izby – w sposób znaczący odbiega od ustalonej wartości szacunkowej zamówienia (kwota 855 245,16 zł netto pomniejszona o wartość zamówień uzupełniający nieobjętych przedmiotem zamówienia i powiększona o wartość podatku VAT: 751 393,96 zł brutto), co uprawniało Zamawiającego do podjęcia wskazanej procedury wyjaśnień ceny ofertowej Odwołującego. W tym zakresie wątpliwości Zamawiającego miała prawo wzbudzić wycena całkowita oferty Odwołującego, także w kontekście oferty złożonej w tym postępowaniu przez drugiego z wykonawców – podobnie jak Odwołujący – wiodącego operatora telefonii komórkowej na polskim rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Zamawiający, kierując w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego, opierał się przede wszystkim na wskazanej, znaczącej rozbieżności wyceny zamówienia – dokonanej przez Zamawiającego i przez wykonawcę (Odwołującego). Zamawiający dodatkowo analizując tę rozbieżność ustalił z czego ona może wynikać. Stwierdził on mianowicie, że wycena najbardziej cenotwórczych elementów oferty Odwołującego – pozycji cen jednostkowych w zakresie CRIN, CSMS, CMMS, CABG, dokonana przez Odwołującego na poziomie 0,01 zł, a w przypadku CABG 6 zł, jeśli chodzi o ceny jednostkowe, powoduje znaczące obniżenie ceny ofertowej (całkowitej) Odwołującego. Powyższe działanie Zamawiającego – zdaniem Izby – było uzasadnione i prowadziło do powstania domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Odwołujący, udzielając Zamawiającemu wyjaśnień powinien uczynić wszystko co leżało w jego mocy, aby owo domniemanie obalić i wykazać, że miał on obiektywne podstawy do ustalenia ceny ofertowej na tak zaniżonym – w stosunku do cen rynkowych i ustalonej wartości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego – poziomie, przedstawiając w tym zakresie właściwe dla niego uwarunkowania.

Po drugie Izba, dokonując oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego stwierdziła, że w żaden sposób nie stanowią one uzasadnienia do tak znaczącego zniżenia wyceny usług objętych przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia te zostały objęte przez Odwołującego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd też Izba, nie odnosząc się w treści niniejszego uzasadnienia w sposób szczegółowy do ich treści, wskazuje jedynie, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny. W pierwszej ich części Odwołujący zaprezentował orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych odnoszące się do kwestii rażąco niskiej ceny. W drugiej części wskazał na ogólne tezy o prawidłowej wycenie swojej oferty, pozwalającej na realizację przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z wymogami SIWZ. Dodatkowo Odwołujący, nie wskazując Zamawiającemu żadnych konkretnych informacji, czynników, czy okoliczności właściwych dla tego wykonawcy, powołał się na tajemnicę spółki i poufność informacji co do narzędzi do kalkulacji swojej oferty. W treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie wykazywał on poziomu zysku, jaki ewentualnie uzyska z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia i jaki został skalkulowany w cenie ofertowej, na co powoływał się on w toku rozprawy przed Izbą. Powyższe nie mogło być uwzględnione przez Izbę w żadnej mierze, bowiem Izba dokonuje oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w toku czynności badania i oceny ofert). Jeśli jakieś okoliczności nie były przedmiotem wyjaśnień wykonawcy Zamawiający nie mógł ich domniemywać, zatem nie mogły być one podstawą dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która podlega ocenie Izby w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba uznała zatem, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie wskazywały na żadne konkretne okoliczności, czy wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia dostęp-

ne właśnie Odwołującemu, które pozwalałyby mu ustalić cenę ofertową na poziomie tak zaniżonym w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i cen rynkowych usług, do czego odwołuje się art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

### **178. Sygn. akt: KIO 1625/14, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2014 r.**

Co do stanowiska Odwołującego o jednorazowym charakterze wezwania kierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie podzieliła tego stanowiska. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp, ani też przywoływane przez Odwołującego przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że żądanie przez Zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyłącznie jednorazowy. Wskazany przepis ma podobny charakter do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu uprawnienie do żądania wyjaśnień, w sytuacji powzięcia jakichkolwiek wątpliwości przez zamawiającego co do treści oferty wykonawcy. W przypadku porównywalnych wątpliwości zamawiającego, ale co do podejrzenia rażącego zniżenia ceny ofertowej przez wykonawcę, ustawodawca dał zamawiającemu podobne uprawnienie do żądania wyjaśnień w tym zakresie. Tak wyjaśnienia dotyczące treści oferty, jak i rażąco niskiej ceny, mają charakter uprawnienia przysługującego zamawiającemu i może on korzystać z tego uprawnienia w zależności od potrzeb wynikających z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z konkretnej, danej sytuacji, zaistniałej w tym postępowaniu. Oczywiście nie sposób uznać, że żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej może być prowadzone wielokrotnie, „do skutku” aż wykonawca usprawiedliwi w jakiś sposób zniżenie swojej ceny ofertowej. Taki sposób procedowania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jeśli jednak udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają jakiegoś doprecyzowania i dalszego wyjaśniania przez zamawiającego, posiada on – zdaniem Izby – uprawnienie do żądania od wykonawcy ponownych wyjaśnień, które mają charakter doprecyzowujący. Taki stan rzeczy miał miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia wymagały dalszego doprecyzowania co uczynił wskazany wykonawca w wyniku wezwania go do wyjaśnień tych kwestii w piśmie Zamawiającego z dnia 17 lipca 2014 r.

Podsumowując wskazaną kwestię stwierdzić należy, iż, aby można było uznać, że ustawodawca wprowadził zakaz ponownego wzywania do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, powyższe musiałyby wynikać wprost z przepisu ustawy Pzp, albo też należałoby uznać, że wskazana procedura stanowi wyjątek od jakiejś zasady ustalonej w przepisach ustawy Pzp. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp literalnie w żaden sposób nie wskazuje na zasadę jednokrotności wzywania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis stanowi o wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w określonym terminie. Powyższe wskazuje na uprawnienie i z drugiej strony na obowiązek Zamawiającego żądania wyjaśnień w określonej sytuacji – jeśli poweźmie on wątpliwości co do wyceny ofertowej danego wykonawcy. Przepis nie reguluje treści tego wezwania do złożenia wyjaśnień, jak też kwestii, czy mają to być wyjaśnienia jednorazowe; nie zabrania też żądania dodatkowych wyjaśnień, które zamawiający poweźmie przy analizie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę pierwotnie. Nie można też twierdzić, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi wyjątek od jakiejś zasady wyrażonej w przepisach Pzp i jako wyjątek od tej zasady powinien być interpretowany ściśle, jak to ma miejsce w przypadku art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co prawda nie wskazuje w swej treści wprost na jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentów jednak jako wyjątek od zasady, wynikającej choćby z art. 25 i 26 ust. 2a ustawy Pzp, które to przepisy wskazują na konieczność złożenia określonych dokumentów do upływu terminu składania ofert, jest interpretowany ściśle, stąd też powszechnie w orzecznictwie

przyjęto zasadę jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Takiej sytuacji nie można wywodzić w odniesieniu do procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie można bowiem stwierdzić, że jest to procedura szczególna, stanowiąca wyjątek od jakiejś zasady. Wręcz przeciwnie jest to procedura obowiązkowa w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, bez zastosowania której nie jest możliwe podjęcie decyzji przez zamawiającego o odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Procedura ta służy zamawiającemu w celu weryfikacji poprawności ustalenia ceny ofertowej, która będzie dla zamawiającego wiarygodną i realną, pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

### **179. Sygn. akt: KIO 1642/14, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2014 r.**

Odnosząc się do zarzutu odwołania podniesionego we wskazanym zakresie w pierwszej kolejności stwierdzić należało, że Zamawiający w sposób zasadny wystąpił do Odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Cena ta bowiem w sposób znaczący odbiegała od ustalonej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, jak też od cen rynkowych. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy określona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie przez niego stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Podstawą takiego wystąpienia są zatem uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do wyceny konkretnej oferty. (...)

Takiej oceny należy dokonywać, odnosząc wartość badanej ceny ofertowej do wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez zamawiającego z należytą starannością (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”). Takiej wyceny zamawiający dokonuje zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 32–35 ustawy Pzp) w sposób staranny, przed wszczęciem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wycena ta nie obejmuje podatku VAT i stanowi całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za cały przedmiot zamówienia. Wartość ta powinna być uwidoczniona w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 2 druków ZP stanowiących załączniki do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458)). W przypadku zamówienia na roboty budowlane ustawodawca dodatkowo wymaga od zamawiającego (art. 33 ust. 1 ustawy Pzp), aby wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (co do wykonawstwa robót budowlanych) albo planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (co do robót budowlanych polegających jednocześnie na zaprojektowaniu i wykonaniu tych robót). Przepisy dotyczące ustalania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wprowadzają także dodatkowe, szczegółowe rygory w tym zakresie. Jeśli bowiem zamawiający w przypadku danego zamówienia planuje udzielać zamówień uzupełniających powinien – zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp – doliczyć do wartości tego zamówienia także wartość zamówień uzupełniających, choć te mogą być dopiero przedmiotem odrębnego zamówienia (odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki i odrębnej umowy w sprawie zamówienia publicznego). Z tych też względów dla adekwatności porównania danej ceny ofertowej z wartością przedmiotu zamówienia, który faktycznie zostanie udzielony w wyniku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ustalenia, czy cena ta nie jest rażąco niska, istotne jest odliczenie od wartości szacunkowej zamówienia wartości przewidywanych prac uzupełniających.



Po takim odliczeniu wartości robót uzupełniających w niniejszym postępowaniu w oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskujemy wartość: 79 724 656,67 zł netto wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Aby uzyskać porównywalną i faktyczną wartość przedmiotu zamówienia dla ustalenia czy cena ofertowa nie zawiera rażąco niskiej ceny koniecznym jest także doliczenie do tej wartości przewidywanego podatku od towarów i usług, który łącznie z wyceną netto przedmiotu zamówienia zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcy za realizację danego zamówienia publicznego. Po dodaniu tej wartości w niniejszym postępowaniu uzyskujemy faktyczną wycenę brutto przedmiotu zamówienia, dokonaną przez Zamawiającego z należytą starannością. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wartość ta to kwota: 98 061 364,60 zł. Tak więc podając tę wartość w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, kierowanym do Odwołującego, Zamawiający postąpił prawidłowo, wskazując także na wartość oferty Odwołującego (86 381 537,64 zł brutto). Samo porównanie tych kwot wskazuje, że wycena tych samych robót budowlanych dokonana przez Odwołującego odbiegała o ponad 11 mln zł od wyceny dokonanej przez Zamawiającego. Powyższe, w ocenie Izby, uzasadniało przy niniejszym przedmiocie zamówienia (roboty budowlane obejmujące zarówno wykonawstwo, jak i projektowanie) wątpliwości Zamawiającego co do ceny ofertowej Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, iż dla wskazanego porównania nie ma znaczenia kwota podawana na otwarciu ofert przez Zamawiającego, tj. kwota na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta stanowi jedynie o środkach finansowych zabezpieczonych w budżecie danej jednostki zamawiającej na sfinansowanie konkretnego przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Cel podawania tej kwoty tuż przed otwarciem ofert, kiedy jeszcze zamawiający nie mógł zapoznać się z konkretnymi wycenami ofertowymi dokonanymi przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związany jest z zabezpieczeniem interesów wykonawców, aby nie dochodziło do nieuprawnionych działań po stronie zamawiającego związanych z unieważnianiem postępowania o zamówienia publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie danego zamówienia. Kwota ta w praktyce najczęściej stanowi odzwierciedlenie wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej zgodnie z art. 32 i następne ustawy Pzp powiększonej o wartość podatku VAT, ale nie zawsze musi to być faktycznie ta kwota. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieliśmy właśnie do czynienia taką właśnie sytuacją, że Zamawiający w trakcie otwarcia ofert podał kwotę na sfinansowanie zamówienia inną (niższą), niż wynikałoby to z wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia. I choć takie działanie Zamawiającego, jak wskazywał Odwołujący, możnaby różnie oceniać, także z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych – do oceny czego jednak Izba w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie posiada uprawnień (Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp), to powyższe jednak w żadnej mierze nie może stanowić punktu odniesienia dla oceny, czy cena ma charakter rażąco niskiej. W tym zakresie – jak wskazano powyżej – znaczenie ma wycena przedmiotu zamówienia dokonana z należytą starannością przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

### **180. Sygn. akt: KIO 1791/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że podstawą oceny, czy cena nie jest rażąco niska, jest jej porównanie do wartości przedmiotu zamówienia, czyli wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania z należytą starannością, stosownie do regulacji zawartych w art. 32 i następne ustawy Pzp. Abyśmy mogli mówić o rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, do czego odwołuje się art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazaną wartością szacunkową przedmiotu zamówie-

nia należy powiększyć o wartość podatku VAT oraz ewentualnie zmniejszyć o wartość planowanych zamówień uzupełniających, które nie mogą stanowić wymiernej wartości porównywalnej wartości przedmiotu zamówienia w stosunku do badanych ofert, bowiem nie wchodzi w zakres zamówienia podstawowego (nie będą realizowane w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko będą stanowiły przedmiot odrębnego zamówienia, udzielonego w odrębnej procedurze). Tym samym nieuzasadnione jest dokonane przez Odwołującego porównanie wartości oferty (...) w kontekście ceny rażąco niskiej do wartości części I zamówienia na poziomie: 18 921 584,07 zł – jest to bowiem wartość szacunkowa netto części I zamówienia łącznie z wartością zamówień uzupełniających, ale bez wartości podatku od towarów i usług. Nieuzasadnione jest również porównanie przez Odwołującego wartości oferty (...) do kwoty, jaką Zamawiający podał w niniejszym postępowaniu na otwarcie ofert na sfinansowanie zamówienia, w tym części I zamówienia (20 240 000,00 zł brutto). Kwota podawana przez Zamawiającego na otwarciu ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – stanowi jedynie określenie przez niego konkretnych środków finansowych, jakie ten podmiot posiada na sfinansowanie w danym momencie konkretnego zamówienia. Kwota ta ma stanowić zabezpieczenie wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania przez zamawiającego z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta nie musi stanowić wprost odzwierciedlenia szacunku wartości przedmiotu zamówienia dokonywanego przed wszczęciem postępowania zgodnie z regulami określonymi w art. 32 i następnie ustawy Pzp.

#### **181. Sygn. akt: KIO 1902/14, Wyrok KIO z dnia 7 października 2014 r.**

Przyznać należało rację odwołującemu, że czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym trybie powinna mieć, co do zasady, charakter jednorazowy. Powyższe wywodzi się z treści art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w określonym terminie, zaś sankcją za niezłożenie wyjaśnień, w odpowiedzi na ww. wezwanie, jest konieczność odrzucenia oferty. Jednakże, w orzecznictwie Izby jak i Sądów Okręgowych sprawujących kontrolę instancyjną nad orzeczeniami Izby, wskazuje się na takie stany faktyczne, w których zamawiający powinien skierować do wykonawcy ponowne wezwanie. Wymienić tu można sytuację, w której pierwotne wezwanie jest nieprecyzyjne lub nazbyt ogólne. Uznaje się wtedy, że niekonkretne wyjaśnienia wykonawcy są niejako efektem działań po stronie zamawiającego. Jako drugą okoliczność, która może skłonić zamawiającego do uzupełniającego wezwania wskazuje się sytuację, w której wykonawca odpowiada na wezwanie zamawiającego, ujawniając w wyjaśnieniach inne czynniki, o które nie był szczegółowo pytany i które wymagają dalszego doprecyzowania. Na dopuszczalność doprecyzowania wezwania kierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp po uzyskaniu pierwszych wyjaśnień wskazał choćby Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 22.10.2013 r. sygn. akt XXIII Ga 1388/13.

#### **182. Sygn. akt: KIO 1943/14, KIO 1952/14, KIO 1966/14, KIO 2038/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r.**

Wskazany przepis [art. 90 ust. 3 Pzp – *przyp. red.*] stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach: – wykonawca nie złożył wyjaśnień lub – ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przypadku złożenia wyjaśnień, nie mogą być stosowane konsekwencje niezłożenia wyjaśnień. Izba nie podziela poglądu, że wyjaśnienia nierozwiewające wątpliwości zamawiającego należy uznać jako niezłożone, powodujące konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. Przeczy temu treść art. 90 ust. 3 Pzp oraz właściwa interpretacja przepisu przedsta-

wiona w orzecznictwie, chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 – brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”, a także kierunek interpretacji przepisów art. 90 Pzp w kontekście postanowień art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, przedstawiony w opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 r. pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia” (...).

### **183. Sygn. akt: KIO 2179/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.**

Należy zwrócić uwagę, że z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który brzmi: „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, nie wynika, że zamawiający musi udowodnić wykonawcy, iż ten złożył ofertę z rażąco niską ceną (słusznie, gdyż byłoby to dla zamawiających niewykonalne), lecz że ma dokonać oceny poziomu ceny złożonej oferty przez pryzmat złożonych wyjaśnień i przedstawionych na ich potwierdzenie dowodów (oraz oczywiście informacji zawartych w samej ofercie). Co jest oczywiste, ocena taka powinna być rzetelna. Zatem Izba, badając prawidłowość czynności zamawiającego, przede wszystkim weryfikuje prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny.

### **184. Sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2230/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.**

Istotę sporu stanowi przede wszystkim kompletność i szczegółowość złożonych wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że za daną cenę można należycie wykonać zamówienie. Dostrzec jednak trzeba, że ocena udzielonych wyjaśnień powinna następować w granicach zakreślonych treścią wezwania (vide wyrok SO w Krakowie z 13 marca 2012 r., XII Ga 73/12).

Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, która można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”. Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego. Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo. (...)

Zamawiający zarzuca brak uwzględnienia zysku. Tymczasem zysk został w sposób jasny wskazany w wyjaśnieniach. Jeśli zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach zakreślonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania.

### **185. Sygn. akt: KIO 2237/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.**

Izba również nie uznała argumentacji odwołującego co do obowiązku zamawiającego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień czy też dowodów. W ocenie Izby można skutecz-

nie żądać ponownego wezwania, jeżeli na podstawie udzielonych wyjaśnień powstały kolejne wątpliwości, które zamawiający przed rozstrzygnięciem podejrzenia rażąco niskiej ceny powinien wyjaśnić. W tej sprawie takich okoliczności nie było. Odwołujący po prostu nie wykonał wezwania zamawiającego do złożenia dowodów na okoliczność zaproponowanej ceny, jak i kalkulacji pozycji formularza cenowego oraz szczegółowych wyjaśnień. Nie zasługują również na uwzględnienie tłumaczenia na rozprawie odwołującego, że wyjaśnienia przygotowywali pracownicy merytoryczni nie będący prawnikami. W tym wypadku należy zastosować regułę nieznanomocności prawa szkodzi.

#### **186. Sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.**

W ocenie Izby powyższe [brak podania elementów wyceny i innych żądanych przez Zamawiającego informacji – przyp. red.] powoduje, że wykonawca nie wykazał, iż cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania Zamawiającego z powołaniem się na fakt, że na etapie składania oferty Zamawiający pewnych informacji nie wymagał. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości, niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji.

Podkreślenia wymaga, że pytania skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były szczegółowe i precyzyjne, a Konsorcjum (...) na wiele z nich nie udzieliło odpowiedzi i nie przedstawiło żądanych informacji, podejmując polemikę z dopuszczalnością ich żądania przez Zamawiającego. W związku z tym brak było faktycznych przesłanek do rozważenia dopuszczalności i zasadności ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2014 r. Przystępujący miał bowiem pełną wiedzę, jakich informacji oczekuje Zamawiający i możliwość udzielenia wyczerpujących odpowiedzi, z czego świadomie zrezygnował, nie wykazując prawidłowości zaoferowanej ceny i jej rzetelnej kalkulacji.

#### **187. Sygn. akt: KIO 1741/14, KIO 1747/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 i 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A. mimo, iż wykonawca ten nie udzielił w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzut odwołującego, gdyby przyjmując tok rozumowania odwołującego, że wyjaśnienia wpływają do zamawiającego dopiero po wydrukowaniu przez urządzenie faksujące całości wyjaśnień, to prowadziłyby to zbyt- niego formalizmu nie wynikającego z ustawy i niezgodnego z art. 7 ust. 1 ustawy. Łatwo bowiem mogłoby dojść w takiej sytuacji do nierównego traktowania wykonawców, którzy w jednym momencie rozpoczęli wysyłanie faksu do zamawiającego, ale których wyjaśnienia zostały różnie kolejgowane przez urządzenie odbiorcze zamawiającego. W ocenie Izby należy jako racjonalną regułę i pozostającą w zgodzie z zasadami ustawy należy uznać przyjęcie, że momentem wpływu do zamawiającego jest moment zarejestrowania dokumentu przez urządzenie odbiorcze. Z przedstawionego przez zamawiającego dowodu z wydruku faksu zamawiającego wynika, że takim najwcześniejszym momentem była godz. 11:55, zatem przed upływem godz. 12:00 zakreślonej jako upływ terminu na złożenie wyjaśnień. Art. 90 ust. 2 i 3 ustawy nie zawiera jakichkolwiek wytycznych dotyczących mo-

mentu wpływu dokumentu do zamawiającego drogą faksową czy elektroniczną, nie zawiera takiego przepisu interpretacyjnego także art. 27 ustawy, ani rozstrzygnięcia nie można odnaleźć na gruncie ustawy kodeks cywilny. Zatem upływ terminu w tym przypadku należy oceniać z uwzględnieniem dyrektywy równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

#### **188. Sygn. akt: KIO 2277/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Odnosząc się natomiast do tez prezentowanych przez Odwołującego, po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący powołał się na różnicę między ceną oferty Przystępującego, a wartości szacunkową zamówienia i ceną oferty Odwołującego, które to różnice mogą być jedynie wskazówką, jaką należy uwzględnić oceniając zasadność wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby we wcześniejszym podstepowaniu odwoławczym). Natomiast proste porównanie tych wartości nie może samo w sobie stanowić argumentu przesądzającego o wystąpieniu rażąco niskiej ceny.

#### **189. Sygn. akt: KIO 2284/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Cena Odwołującego w zestawieniu do wartości szacunkowej zamówienia (601.400 zł) wynosi 68%. W ocenie Izby ponad 30% różnicy pomiędzy ceną szacunkową a wartością oferty Odwołującego uzasadniało skierowanie do Odwołującego wezwania do udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny.

Nadto, Odwołujący zaproponował m.in. dostawę i montaż szafy ubraniowej z nadstawką za cenę 14,76 zł (trzydrzwiowej) oraz 6,15 zł (dwudrzwiowej), regału kancelaryjno-biurowego za cenę 3,69 zł, ławy i ławki-szkolnej za cenę 6,15 zł za sztukę. W ocenie Izby rację ma Zamawiający, że wartość ww. pozycji oraz pozostałych wyszczególnionych w wierszach 1–14 formularza cenowego była radykalnie zaniżona. Trudno jest znaleźć na rynku meble za kwotę niewiele ponad 3 lub 6 złotych. Można mieć uzasadnione wątpliwości, czy cena za meble została skalkulowana prawidłowo i czy na pewno uwzględniła wszystkie niezbędne koszty. Zwłaszcza wobec postawionego przez Zamawiającego w SIWZ wymogu, aby cena uwzględniała wszystkie koszty, które są niezbędne do realizacji zamówienia.

Skoro Zamawiający, stosownie do przedstawionego powyżej postanowienia SIWZ, wymagał, aby Wykonawcy przedstawili dokładnie i z należytą starannością cenę za poszczególne elementy zamówienia, oznacza to, że oczekiwał wpisania do formularza cen realnych i rzeczywistych. Wykonawca miał więc obowiązek przeprowadzenia kalkulacji każdego z elementów składowych wyceny oferty pod kątem ich rentowności. Określenie takiego postanowienia oznacza także, że Zamawiający, w świetle postanowień SIWZ był uprawniony do analizy zaoferowanej w ofercie ceny przy uwzględnieniu cen wszystkich elementów oferty składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający był więc uprawniony do kontrolowania także cen jednostkowych. Tym samym nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający może jedynie kontrolować i oceniać cenę globalną zamówienia. Należy również zauważyć, że już sam fakt, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia formularza cenowego w rozbiciu na ceny za poszczególne meble oznacza, że istotna była cena za każdy z mebli, nie zaś jedynie cena globalna za realizację zamówienia. Prawidłowa zatem, w ocenie Izby, była czynność Zamawiającego, polegająca na wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...)

Wszelkie okoliczności, związane z zaoferowaną przez siebie ceną, był zobowiązany przedstawić w pisemnym stanowisku, skierowanym do Zamawiającego. W ocenie Izby przedstawione na wezwanie wyjaśnienia były lakoniczne, nie wskazywały żadnych okoliczności



szczególnych. Tym samym Odwołujący nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny za wykonanie zamówienia, przeciwnie, udzielił odpowiedzi ogólnikowej, nie wyjaśniającej żadnego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na wykonawcę obowiązek wyjaśnienia zaoferowanej ceny (po wezwaniu Zamawiającego). Zatem to na wykonawcy (od chwili wezwania) ciąży obowiązek/ciężar wykazania, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby, wyjaśnienia Odwołującego w niniejszym postępowaniu mają charakter ogólnych stwierdzeń. Tego rodzaju wyjaśnienia mógłby złożyć każdy z wykonawców. Odwołujący wskazał jedynie, że wartość jego oferty wynika z faktu, iż jego firma znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie hurtowni płyt i akcesoriów meblowych. Jest to twierdzenie ogólnikowe, które nie zostało poparte żadnym dowodem nawet w trakcie rozprawy. Nadto, nie wskazano, jak wielka jest to oszczędność. Dodatkowo Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał, że posiada w pełni zautomatyzowany park maszynowy. W ocenie Izby nie jest to żadna nadzwyczajna okoliczność, która mogłaby uzasadniać zaoferowaną cenę. Oczywiście jest, że w celu prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej, wykonawcy dysponują zautomatyzowanymi urządzeniami. Odwołujący nie wykazał, na czym w szczególności polega różnica pomiędzy jego urządzeniami a innymi wykonawcami lub też, że inni wykonawcy nie dysponują zautomatyzowanym parkiem maszynowym, co mogłoby mu dawać przewagę nad konkurencją. Nadto Odwołujący jako okoliczność uzasadniającą zaoferowaną cenę wskazał, że ceny na poszczególne asortymenty wynegocjowane są z dostawcami materiałów do produkcji mebli. Należy zauważyć, że również w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych szczegółów. Należy także zauważyć, że okoliczność współpracy i szczególnych warunków, na jakich wykonawcy współpracują z dostawcami, jest powszechna. Brak szczegółów i dowodów w tym zakresie powoduje, że jest to jedynie ogólne twierdzenie Odwołującego.

### **190. Sygn. akt: KIO 2531/14, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2014 r.**

Institucji wyjaśnień ujętej w art. 90 ust. 1 Pzp jako „wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” nie należy interpretować nazbyt dosłownie. W treści powołanego przepisu ustawodawcy chodziło o wyjaśnienie i ustalenie w jaki sposób wyceniono całą ofertę (np. przez wyjaśnienie w jaki sposób wyceniono jej najdroższe elementy), a nie tylko o wyjaśnienie kwestii, co dokładnie jest oferowane. Natomiast ustalenie jakie są rzeczowe elementy oferowanego świadczenia i zamierzony sposób ich wykonania (o ile nie zostały narzucone w treści SIWZ) ma znaczenie jako punkt wyjścia do ich wyceny, co zresztą w wielu przypadkach wcale nie jest potrzebne (np. w sytuacji gdy świadczenia wszystkich wykonawców dostatecznie opisano w treści oferty albo są takie same).

W ramach żądania, składania i oceny rzeczonych wyjaśnień nie należy więc ograniczać się jedynie do wyjaśniania elementów oferowanego świadczenia, ale wyjaśniać wszelkie okoliczności, które rzutują na wycenę oferty danego wykonawcy. Na przykład będą to w szczególności okoliczności wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy. Przede wszystkim jednak, często podawaną w ramach wyjaśnień wykonawców okolicznością uzasadniającą skalkulowanie ceny ofertowej na określonym poziomie, mogą być informacje na temat kosztów danego wykonawcy, które dla wykonania przedmiotu zamówienia poniesie. Rzeczowe, konkretne i przede wszystkim wiarygodne informacje w zakresie ww. kosztów (lub brak informacji tego typu) przeważnie wystarczą dla przesądzenia charakteru oferowanej ceny. (...)

Jak już wskazano, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale, same w sobie, bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawnia-

jącego do odrzucenia oferty z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyjaśnienia tego typu, zwłaszcza w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania ww. przepisu.

### Art. 91 ust. 1

#### 191. Sygn. akt: KIO 2076/14, Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określenie kryteriów oceny ofert, w rozumieniu wskazanego przepisu, to nie tylko opis kryteriów, ale również ich znaczenie i sposób oceny ofert. Odmienna wykładnia prowadziłaby do absurdu, ponieważ pozwalałaby zamawiającemu na dowolne odstępstwa od zasad oceny ofert, które sam ustanowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie do przyjęcia jest argumentacja, iż zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty miałby zastosować jedynie kryterium określone rodzajowo w siwz, przy zastosowaniu innych zasad oceny ofert w zakresie przyjętych kryteriów niż te, które zostały wskazane w specyfikacji.

### Art. 91 ust. 2–3

#### 192. Sygn. akt: KIO 2349/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.

W powołanej dyrektywie [dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE – *przyp. red.*] w jej punkcie 93 – w spornym zakresie – wskazano, że w zależności od danej usługi lub danego produktu kryteria oceny ofert mogą m.in. obejmować także warunki płatności. Także Sąd Najwyższy we wskazanej uchwale [uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. akt: III CZP 52/021 – *przyp. red.*] bezspornie stwierdził, że „Termin płatności ceny może być przyjęty przez podmiot udzielający zamówienia publicznego jako jedno z kryteriów oceny ofert (...)”. Sąd m.in. również podał, że termin płatności nie stanowi kryterium niedozwolonego, a ponadto nie dotyczy nawet pośrednio właściwości dostawcy, jego wiarygodności finansowej oraz nie powoduje dyskryminacji mniejszych firm. Zauważył jednocześnie, że podanie sztywnego wymogu terminu płatności należności na rzecz wykonawcy (...) uniemożliwia uczynienie omawianego kryterium przedmiotem korzystnej dla zamawiającego gry konkurencyjnej”. Zdaniem Sądu Najwyższego kryterium terminu płatności może mieć istotne znaczenie, jako wyznacznik atrakcyjności oferty, przede wszystkim wówczas, (...) gdy – jak to często w polskich warunkach bywa, zwłaszcza w zakresie służby zdrowia – zamawiający mają problemy z płynnością finansową”. Izba w tym przypadku podzieliła pogląd Zamawiającego, że aczkolwiek uchwała ta została wydana, gdy obowiązywała ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664), jednakże pozostaje ona w pełni aktualna także na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, albowiem zmiany legislacyjne nie dotyczyły bezpośrednio kryterium terminu płatności, oraz nie nastąpiła radykalna poprawa sytuacji finansowej w jednostkach służby zdrowia. Izba zauważyła jednocześnie, że takie kryterium, jak termin płatności nie powinno, co do zasady mieć znaczenia decydującego. Podobne stanowisko w powołanej uchwale prezentował Sąd Najwyższy. Takie stanowisko wynika również z powołanej dyrektywy, gdzie w jej punkcie 90 zaznaczono, że (...) Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.”

**193. Sygn. akt: KIO 2395/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r.**

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Natomiast według normy art. 91 ust. 2a ustawy Pzp kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwoławczy bezpodstawnie zarzucił, że usługi sprzątnia pomieszczeń biurowych oraz sprzątnia terenów zewnętrznych opisane w s.i.w.z. nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakościowych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że choć użyte w nowym art. 76 ust. 2a ustawy Pzp [powinno być: art. 91 ust. 2a ustawy Pzp – przyp. red.] określenia przedmiotu zamówienia jako „powszechnie dostępnego” oraz „o ustalonych standardach jakościowych” nie mają swojej legalnej definicji, jednak analogiczne sformułowania zostały użyte w art. 70 ustawy Pzp {Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.}, co uzasadnia wzięcie pod uwagę dorobku piśmiennictwa i orzecznictwa wypracowanego na tle interpretacji przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zapytania o cenę. Warto już w tym miejscu zauważyć, że porównanie brzmienia art. 91 ust. 2a Pzp i art. 70 Pzp prowadzi do wniosku, że wartość zamówienia przekraczająca tzw. progi unijne nie jest samoistnym wyznacznikiem, czy przedmiot zamówienia ma charakter powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych. Już choćby z tego względu odrzucić należy podniesione na rozprawie przez Odwoławczego sugestie jakoby warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia nabytego przy należytych wykonywaniu trzech usług, z których każda polegała na utrzymaniu czystości pomieszczeń biurowych w obiektach użyteczności publicznej o łącznej całkowitej powierzchni nie mniejszej niż 5000 m<sup>2</sup> i łącznej wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł brutto, tudzież wielkość powierzchni podlegających sprzątniu w tym zamówieniu, miałyby świadczyć o niepowszechności przedmiotu zamówienia lub braku dla niego ustalonych standardów jakościowych. Wskazuje się na potrzebę oparcia się na wykładni językowej terminu „powszechna dostępność”, rozumianego jako: dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolicie, masowy, seryjny, popularny. Z kolei rzeczy i usługi powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. W konsekwencji przez „powszechną dostępność dostaw lub usług” należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwiałoby łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług {tak w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych p.t. Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę; uchwała Izby z 5 października 2011 r., sygn. akt KIO/KD 75/11}.

**194. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, poprzez wprowadzenie do postanowień SIWZ kryterium oceny ofert: liczba pracowników, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o ograniczającym konkurencję charakterze wskazanego kryterium oceny ofert. Odwołujący na potwierdzenie tego stanowiska powoływał się na preferowanie w tym zakresie podmiotu, który do niedawna był monopolistą na polskim rynku usług objętych przedmiotem zamówienia ((...) S.A.), który – w przeciwieństwie do Odwołującego – zatrudnia na podstawie umowy o pracę dużą ilość osób. Wskazywał też, że takiego rodzaju kryterium (ograniczające konkurencję) musi znaleźć uzasadnienie w celach prowadzonego postępowania, co powinien uzasadnić Zamawiający. Podkreślił, że – w jego ocenie – cele te zostaną zrealizowane niezależnie od opisanego w SIWZ kryterium oceny ofert, także poprzez zapewnienie oddelegowania do realizacji przedmiotowego zamówienia osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w żaden sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Naturalnym stanem rzeczy jest sytuacja, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ze sobą na zasadach uczciwej konkurencji, w oparciu o różne kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego. Obecnie ustawodawca w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadził nawet co do zasady obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Naturalnym także jest, że jednego rodzaju kryteria spełniają „lepiej” jedni wykonawcy, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku dostaw, usług czy robót budowlanych. Powyższe mogłoby nawet prowadzić do ograniczenia możliwości praktycznego wykorzystania przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Byłoby to sprzeczne z celem, jaki ustawodawca założył przy tworzeniu aktualnie obowiązujących w tej mierze przepisów ustawy Pzp. Zastosowanie przez Zamawiającego tego rodzaju kryterium oceny ofert stanowi także odpowiedź na oczekiwania ustawodawcy co do stosowania przez zamawiających kryteriów o charakterze społecznym (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp) i preferowania stosunku pracy dla osób fizycznych, które faktycznie wykonują prace związane z realizacją zamówienia publicznego. Kwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert ma przypisaną wagę procentową na poziomie 10%, co – zdaniem Izby – pozwala wykonawcom, którzy nie preferują w swojej polityce biznesowej stosunków pracy w oparciu o Kodeks pracy, na konkurowanie w postępowaniu z innymi wykonawcami w oparciu o pozostałe kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w tym przede wszystkim kryterium cenowe. Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że kryterium to ma na celu wyłącznie preferowania konkretnego wykonawcy, który będzie mógł wykazać do realizacji zamówienia nieograniczoną ilość osób, bez względu na faktyczne zapotrzebowanie w tym zakresie związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Kwestionowane kryterium oceny ofert odnosi się bowiem wprost do pracowników, którzy będą wykorzystywani *stricte* do realizacji niniejszego zamówienia. Na powyższe wskazują wymagany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szczegółowy wykaz osób, a także postanowienia umowne, które dają prawo Zamawiającemu badania powyższego także na etapie realizacji zamówienia. Z tych też względów Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisu ustawy Pzp (art. 7 ust. 1). (...)

Izba, dokonując oceny tego zarzutu odwołania, nie dokonała oceny wskazanego kryterium oceny ofert pod kątem zgodności z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, tj. czy kryterium to nie dotyczy właściwości wykonawcy, a więc czy nie ma charakteru podmiotowego. Wskazany zarzut nie był w żaden sposób sformułowany w treści odwołania, zaś Izba – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**195. Sygn. akt: KIO 2643/14, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.**

(...) wśród kryteriów oceny ofert mogą znaleźć się elementy związane są z funkcjonalnością produktu, który zamierza nabyć zamawiający. Premiowanie zaś pewnych rozwiązań, na których zależy zamawiającemu zawsze prowadzi do sytuacji, że lepszą pozycję mają ci wykonawcy, którzy spełniają te wymagania. Jednakże na tym tle nieuprawnione jest formułowanie wniosku, że postępowanie ma charakter niekonkurencyjny. Każdy z wykonawców może bowiem dążyć do uzyskania rozwiązania najbardziej oczekiwanego przez zamawiającego, ale nie może wymagać, aby zamawiający poprzestał jedynie na tym, co chcą mu zaoferować wykonawcy.

**Art. 92****196. Sygn. akt: KIO 1316/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

Oprócz wymogu nałożonego na zamawiającego powiadomienia wykonawców o najistotniejszych decyzjach i okolicznościach w postępowaniu przepis art. 92 ust. 1 Pzp umożliwia wykonawcom uzyskanie informacji o przyczynach odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców. Ta wiedza wykonawców może stać się podstawą do rozważenia wniesienia odwołania. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11) »uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie«.

Również nie jest wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zawarcie przyczyn odrzucenia ofert w sprawozdaniu komisji. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego dokument ten jest załącznikiem do protokołu postępowania będącego do wglądu u zamawiającego. Jednak takie usytuowanie dokumentu stanowiłoby ograniczenie w stosunku do art. 92 ust. 1 Pzp, a w efekcie ograniczenie dostępu do środków ochrony prawnej. Żaden przepis nie obliuguje wykonawców do wglądu do protokołu postępowania, a przeciwnie art. 92 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do przekazania pełnego zakresu informacji, o których mowa w tym przepisie. Także nie spełnia powiadomienie wykonawcy o przyczynach odrzucenia, dokonane w odpowiedzi na odwołanie wręczone odwołującemu tuż przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu.

**197. Sygn. akt: KIO 1745/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r.**

Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania było bardzo lakoniczne i ogólnikowe, i nie uwzględniało wszystkich okoliczności, którymi Zamawiający kierował się przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Informacja Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2014 roku o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w części merytorycznej odnosiła się jedynie do usługi wskazanej przez Odwołującego w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie usług, świadczonej na rzecz (...). Z informacji tej nie wynika, dlaczego pierwotnie załączony do oferty wykaz usług nie spełniał wymagań postawionych przez Zamawiającego. Nie wskazał bowiem, która z przedstawionych w wykazie usług nie spełnia jego wymagań. Informację taką można powziąć jedynie pośrednio z treści wezwania Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2014 roku, tylko poprzez odniesienie się do okresu świadczonych usług i wyłącznie na podstawie ustalenia czy pokrywał się on z okresem na jaki została udzielona licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób. Zamawiający także, w uzasadnieniu wykluczenia, nie wskazał w sposób bezpośredni i precyzyjny, dlaczego kwestionuje usługę świadczoną na rzecz (...). Stwierdził jedynie, że „Dnia 11 sierpnia br. Zamawiający otrzymał od Państwa nowy wykaz doświadczenia (załącznik nr 6) natomiast z dołączonego pisma od (...) wynika, iż wykonują Państwo transport osób skierowanych na rehabilitację leczniczą”.



W świetle powyższego uznać należy, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie podał uzasadnienia faktycznego swojej decyzji, czym naruszył przepis art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **198. Sygn. akt: KIO 2028/14, Wyrok KIO z dnia 17 października 2014 r.**

(...) zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu wyznacza zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia przez zamawiającego. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub, które zamawiający podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Jakkolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnieszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

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

#### **199. Sygn. akt: KIO 1765/14, KIO 1766/14, Wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r.**

Zatem zgodzić należy się z Odwołującymi, że Zamawiający nie ma prawa do swobodnego decydowania o unieważnieniu postępowania w zakresie przez siebie ustalonym, a dopiero po spełnieniu przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, i zobowiązany jest podać kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w podanych przez siebie częściach. Zatem istotnym jest, aby wykonawcy wiedzieli jaką kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie poszczególnych części zamówienia. Niepodanie kwot dla poszczególnych części zamówienia, prowadzić może do sytuacji bezpodstawnego unieważnienia dowolnych części zamówienia, a wykonawcy nie wiedząc jaką konkretnie kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie danej części zamówienia (przy odczytaniu jedynie kwoty dotyczącej całości) nie będą mogli zweryfikować zasadności unieważnienia – przez Zamawiającego – postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem brak obowiązku podania kwot w poszczególnych częściach (stanowiących odrębne postępowania) – jak wywodzili Odwołujący – prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawcy nie byłiby chronieni przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Wobec powyższego – biorąc pod uwagę wykładnię celowościową ww. przepisów – Zamawiający dopuszczając możliwość składania ofert częściowych zobowiązany jest

również do podania kwot, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również co do poszczególnych części zamówienia (nie tylko kwoty dotyczącej całości, jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym). Powyższe przepisy, w tym w szczególności art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pełni funkcję gwarancyjną, tak aby wykonawcy mieli możliwość zweryfikowania zasadności takiego unieważnienia oraz wypełnienia wszystkich jego przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 7**

#### **200. Sygn. akt KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert nie stanowi wady postępowania nieemożliwej do usunięcia, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Termin składania ofert może podlegać przedłużeniu odpowiednio o czas umożliwiający przygotowanie ofert w postępowaniu. Nie ma też na tym etapie przesłanek do stwierdzenia braku możliwości skorzystania przez wykonawców z narzędzia przewidzianego w art. 38 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 38 ust. 1a, zamawiający ma możliwość udzielenia wyjaśnień na wniosek wykonawcy złożony po upływie terminu, o którym mowa w art. 38 ust. 1. Na obecnym etapie nie można zatem przesądzić o wystąpieniu sytuacji, że wyjaśnienia SIWZ nie zostaną wykonawcom udzielone.

W ocenie Izby, na obecnym etapie nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

#### **201. Sygn. akt KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.**

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 6.1 SIWZ oraz w pkt II.3 ogłoszenia o zamówieniu określił termin realizacji zamówienia: 1.12.2014–30.11.2017. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie w dniu 12 listopada 2014 r. i od tej daty rozpoczął swój bieg termin na złożenie odwołania, a tym samym także – zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp – *stand still*, tj. okres zawieszenia możliwości podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego do upływu terminu na złożenie odwołania. Odwołujący złożył odwołanie do Izby w dniu 21 listopada 2014 r., tym samym zatem, zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoczął się też okres zawieszenia możliwości podpisania przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku przez Izbę w przedmiotowej sprawie. Ogłoszenie wyroku nastąpiło w dniu 8 grudnia 2014 r.

Odwołujący wywodzi, że w tych warunkach faktycznych postępowania (upływ terminu rozpoczęcia świadczenia usługi) brak jest możliwości podpisania ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba, odnosząc się do powyższego, stwierdziła, że w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu rozpoczęcia świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia nie stanowi o wadzie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która jest niemożliwa do usunięcia i skutkuje brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie podlega unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Dla wykazania, że w konkretnym przypadku mamy do czynienia z istotną i niemożliwą do usunięcia wadą postępowania, istnieje konieczność wykazania, że zachodziłaby – w sytuacji podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w danym postępowaniu – którakolwiek przesłanka, wskazująca na to, że umowa ta podlega unieważnieniu, czy to w oparciu o art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, czy też art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie podjął takiego starania, aby wykazać, że którakolwiek z w/w przesłanek, wskazujących na konieczność unieważnienia umowy, zaistniałby, gdyby Zamawiający umowę w sprawie niniejszego zamówienia podpisał.

**Art. 139 ust. 1****202. Sygn. akt: KIO 2177/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.**

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 K.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dn. 22 maja 1991 roku podkreślił, iż „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków”. (...)

Możliwość skorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia umowy przy tak szerokim spektrum możliwości – likwidacja jednej, kilku, wielu linii komunikacyjnych – stanowi naruszenie art. 353<sup>1</sup> i art. 5 K.c. Wskazać także należy, że umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Potwierdził to m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym wykonawca: „Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”.

**203. Sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14,  
Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

Izba zważyła, że zamówienie publiczne jest stosunkiem zobowiązaniowym, który z natury swojej charakteryzuje się brakiem pełnej równowagi stron. Zamawiający, realizujący zadania związane z osiągnięciem celów w sferze publicznej, jest stroną, która niewątpliwie posiada przewagę, ustalając warunki zamówienia w sposób zgodny z interesem zamawiającego oraz w efekcie z interesem publicznym. Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia realizacji zamówienia w sposób gwarantujący prawidłowe wykorzystanie środków publicznych i osiągnięcie celu zamówienia, zgodnie z interesem publicznym. Dlatego też wymagania zamawiającego mogą wykraczać poza zakres swobody umów, co oznacza dla wykonawców przyjęcie zwiększonego ryzyka przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie ryzyko związane z realizacją zamówienia podlega wycenieniu przez wykonawców w ofercie. Jak stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia

14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XGa 67/08) „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.[...]. Umowy zawierane w trybie zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, że jest stroną reprezentującą interes publiczny.”

Zdaniem Izby, pogląd powyższy znajduje pełne uzasadnienie. Dlatego w ocenie Izby, także w przedmiotowym postępowaniu, nie można odmówić zamawiającemu prawa do kształtowania stosunku obligacyjnego z wykonawcą zamówienia publicznego w sposób zapewniający ograniczenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, oczywiście – z zachowaniem zasad obowiązujących w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę, że przepisy k.c. nie zakazują postanowień umownych w kwestionowanym w odwołaniu zakresie Izba stwierdziła, że postanowienia dotyczące rękojmi wykonawcy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie są wymaganiami nadmiernymi na gruncie zamówień publicznych. Gwarancja i rękojmia stanowią odrębne reżimy odpowiedzialności, które mogą być ustanowione w umowie w sposób niezależny.

### Art. 144 ust. 1

#### 204. Sygn. akt: KIO 2454/14, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2014 r.

Niezależnie od powyższego Izba, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o tym, iż w przypadku podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia zakres tej umowy nie będzie tożsamy z zakresem świadczenia określonym w ofercie wykonawcy i w postanowieniach SIWZ, zwraca uwagę na dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zakazuje wprowadzania istotnych zmian w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, co tym samym *a contrario* nie ogranicza Zamawiającemu możliwości wprowadzania nieistotnych zmian w treści zawartej umowy. Izba podziela pogląd, że w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia takowych nieistotnych zmian w projekcie umowy uwidacznia się w momencie podpisywania umowy, Zamawiający posiada uprawnienia do ich wprowadzenia, bowiem takie uprawnienie miałby także po podpisaniu umowy (*arg. a maiori ad minus*). W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na moment podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnej wady postępowania, wskazującej na konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieznaczna zmiana terminu rozpoczęcia świadczenia usługi ze względu na minimalne wydłużenie się czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z racji także określania we wzorze umowy (§ 3 ust. 2 wzoru umowy) sposobu rozliczania kontraktu z wykonawcą poprzez rozliczenie w formie faktycznej ilości wydanych posiłków każdego dnia, ma – zdaniem Izby – charakter nieistotnej zmiany, która może być wprowadzona w postanowieniach podpisywanej umowy. Szczególne znaczenie w tym zakresie mają także postanowienia dokumentacji z postępowania (SIWZ wraz z załącznikami), wskazujące na jedynie szacunkową ilość posiłków, którą objęta jest zakresem przedmiotu zamówienia (np. § 1 ust. 2 wzoru umowy) oraz możliwość zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu przedmiotowego umowy w części dotyczącej osobodni nie więcej jednak niż 20% (§ 1 ust. 3 wzoru umowy).

**Art. 150 ust. 1****205. Sygn. akt: KIO 2273/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Zasadnie natomiast Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nimi wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Tymczasem w pkt 21.1 SIWZ Zamawiający z góry określił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na odpowiednie kwoty pieniężne. Zauważyć przy tym należy, iż z żadnych zapisów SIWZ, czy też ogłoszenia o zamówieniu, nie wynikało, w oparciu o jakie dane kwoty te zostały ustalone.

**Art. 179 ust. 1****206. Sygn. akt: KIO 1245/14, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r.**

Nie ulega wątpliwości, że w rozpatrywanym stanie faktycznym oferta odwołującego z punktacją 97,09 została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w jedynym kryterium oceny ofert jakim była cena, ofertę odwołującego bezpośrednio poprzedzają oferta Janusza S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. X (98,89 pkt) oraz oferta Y (100 pkt). W treści złożonego odwołania odwołujący kwestionuje niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie ponownie w dniu 4 czerwca 2014 roku badania rozkładu frakcji torfu dostarczonego przez Y, domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty Y oraz poprzedzającego ten wybór drugiego pomiaru wydajności torfu. Odwołujący nie podnosi żadnych zarzutów odnośnie oferty bezpośrednio go poprzedzającej tj. oferty Janusza S. prowadzącego działalność gospodarczą p.n. X, która zajęła drugą pozycję w rankingu oceny ofert. Okoliczność ta powoduje, że odwołujący nie legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a przede wszystkim na skutek niezgodnych w jego ocenie działań zamawiającego, nie może on nawet potencjalnie ponieść szkody w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

**207. Sygn. akt: KIO 1329/14, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r.**

(...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. 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.

**208. Sygn. akt: KIO 1419/14, KIO 1420/14, KIO 1426/14,  
Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2014 r.**

Odwołujący złożył ofertę dla części 1., 3. i 4. postępowania i we wszystkich tych częściach jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zatem nie ma on interesu w kwestionowaniu ofert wykonawców, którzy zamówienia w tych częściach nie uzyskali. Co do pozostałych części – odwołujący nie złożył w tym zakresie oferty, więc dla tych części nie przysługuje mu nawet status wykonawcy.



Samo złożenie odwołania w celu rewanzu na konkurencie i ochrony swojej oferty nie ma uzasadnienia. Jeśli oferta odwołującego była poprawna, zostanie to stwierdzone w postępowaniu odwoławczym, w którym odwołujący będzie mógł bronić swoich interesów, jeśli nie, to nie poniesie on szkody przez samo złożenie przez konkurenta odwołania jako takiego, lecz przez to, że to odwołujący złożył ofertę nieodpowiadającą specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przepisom prawa, a zamawiający jej poprawnie nie zwerifikował. Trudno mówić o tym, że wykonawca wybrany jest poszkodowany przez to, że nie może złożyć odwołania w stosunku do ofert konkurentów, bowiem to on jeden osiągnął cel, który przyświecał wszystkim wykonawcom, czyli uzyskanie kontraktu. Należy zwrócić uwagę, że możliwość złożenia odwołania jest tylko środkiem do tego celu, a nie celem samym w sobie.

### **209. Sygn. akt: KIO 1433/14, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2014 r.**

Co do zarzutów dotyczących ofert innych wykonawców (tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A Sp. z o.o., B Sp. z o.o., C Sp. z o.o. oraz D Sp. z o.o.), znajdujących się w rankingu ofert za Odwołującym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że co do tych zarzutów Odwołujący nie posiada interesu w skarżeniu ofert tych wykonawców.

### **210. Sygn. akt: KIO 1479/14, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2014 r.**

(...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia specyfikacji. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty.

Na tym etapie postępowania – odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

### **211. Sygn. akt: KIO 1549/14, Postanowienie KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r.**

Wobec faktu, że odwołanie zostało złożone przez konsorcjum firm w składzie: A Sp. z o.o. z K., B Sp. z o.o. z K. oraz C Sp. z o.o. z Ł., zaś wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest konsorcjum firm w składzie: A Sp. z o.o. z K., D Sp. z o.o. z K. oraz C Sp. z o.o. skład orzekający musiał uznać, że konsorcjum firm w składzie: A Sp. z o.o. z K., B Sp. z o.o. z K. oraz C Sp. z o.o. z Ł. nie ma w przedmiotowym postępowaniu statusu wykonawcy (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). Skoro zaś, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej w szczególności odwołanie przysługują wykonawcy (konsorcjum nie jest z całą pewnością uczestnikiem konkursu, ani innym podmiotem, o którym mowa w tym przepisie), to uznać należy, że nie jest to podmiot uprawniony do złożenia odwołania w tym postępowaniu.

### **212. Sygn. akt: KIO 1609/14, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r.**

(...) sam Odwołujący i w odwołaniu, i na rozprawie wskazywał, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Skoro tak, to decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa – nie doszło zatem do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Na ocenę powyższego nie może obecnie wpłynąć ewentualność, czy Zamawiający naruszył art. 7 Prawa zamówień publicznych przez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który naruszał uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie na tylko jednego producenta – zarzuty w tym zakresie są po terminie. Odwołujący nie składał w odpowiednim czasie żadnych zapytań do treści SIWZ ani innych wnio-

sków. Izba nie badała również, czy oferta złożona przez innego wykonawcę, niż Odwołujący, podlega odrzuceniu – wartość przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu została oszacowana poniżej tzw. progów unijnych, zatem Odwołujący na obecnym etapie postępowania może jedynie bronić własnego statusu w postępowaniu, a nie może doprowadzić do odrzucenia innej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych). Należy również zauważyć, że zawarty w odwołaniu wniosek Odwołującego o odrzucenie obu ofert w postępowaniu nie prowadzi do uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a zatem w zgłaszaniu takiego żądania Odwołujący nie ma interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

### **213. Sygn. akt: KIO 1820/14, Wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r.**

(...) Izba ustaliła, że Odwołującemu, wobec podniesienia zarzutu wyłącznie wobec jednej spośród podanych przez Zamawiającego podstaw wykluczenia, nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W takiej bowiem sytuacji, skoro przesłanka niezakwestionowana odwołaniem już się niejako „uprawomocniła” – Odwołujący został skutecznie wykluczony z postępowania. O ile można twierdzić, że nadal posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, to już nie może ponieść szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do jedynej kwestionowanej odwołaniem przesłanki wykluczenia go z postępowania. Jeżeli podniesiony przez niego zarzut, odnoszący się do wymaganej polisy, by się potwierdził, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący nadal, z powodu drugiej, niezakwestionowanej odwołaniem przesłanki wykluczenia, pozostałby wykluczony z postępowania.

### **214. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r.**

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odtajnienia części ofert i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp oznaczać może dla Odwołującego utratę weryfikacji prawidłowości ofert złożonych w postępowaniu, co doprowadzić może do utraty możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

### **215. Sygn. akt: KIO 1868/14, Postanowienie KIO z dnia 29 września 2014 r.**

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesądza, iż w takim przypadku, w odniesieniu do takich podmiotów przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. Zgodnie z art. 179 ust. 1 środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy. Uwzględniając powołany przepis, a także mając na uwadze regulację wpływającą z art. 23 ustawy Pzp, uznać należy, iż w przypadku, gdy ofertę złożyli wykonawcy działający wspólnie (konsorcjum), uprawnienie do wniesienia odwołania wobec czynności podjętych przez zamawiającego przysługuje, tylko i wyłącznie, wszystkim tym podmiotom działającym, tak jak przy złożeniu oferty, wspólnie. Niedopuszczalnym tym samym jest, aby odwołanie wniósł wyłącznie we własnym imieniu jeden tylko członek konsorcjum. Koniecznym jest aby osoba lub podmiot, aby mogła zostać uznana za uprawnioną do wniesienia odwołania, działała w imieniu tego samego grona podmiotów, które złożyło wspólną ofertę zamawiającemu. (...)

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością było to, iż dzień 12 września 2014 r. był ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania. Jak ustaliła to Izba, w oparciu o oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 15 września 2014 r., Zamawiający w dniu 2 września 2014 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o dokonaniu czynności, wobec, których wniesione zostało odwołanie. Tym samym najdalej do tego dnia możliwe byłoby wniesienie do Prezesa Izby sprostowania treści odwołania, a tym samym wniesienie go w imieniu podmiotu, który był do tego uprawniony, a zatem w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: X sp. z o.o. w B. i Y spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w K.

Izba stoi na stanowisku, iż z upływem terminu na wniesienie odwołania nie jest możliwe dokonywanie zmian po stronie podmiotowej w postępowaniu odwoławczym. W ustawie Pzp brak bowiem regulacji analogicznych do tych, które zostały ukształtowane na gruncie procedury cywilnej w kodeksie postępowania cywilnego, a ten z kolei w tym zakresie nie znajduje zastosowania wobec postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Tym samym przepisy kpc znajdują zastosowanie w postępowaniu odwoławczym jedynie we wskazanym tam wąskim zakresie i to z zastrzeżeniem, że przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Brak zatem podstaw, do bezpośredniego powoływania się na zawartą w kpc regulację odnoszącą się do możliwych do przeprowadzenia w procesie cywilnym zmian po stronie podmiotowej (choćby do art. 194 – 196 kpc) i określonych tam reguł prowadzenia takiego postępowania. Podobnie Izba w sprawach KIO 1045/12, KIO 692/12, czy też w połączonych sprawach KIO 1126/11; KIO 1154/11; KIO 1158/11.

Na dokonywanie zmian po stronie podmiotowej nie pozwalają w szczególności przepisy art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.). Dozwalają one na usuwanie braków formalnych wniesionego odwołania, jednakże nie sposób z nich wywodzić uprawnienia wykonawcy do zmiany wskazania na grono podmiotów w imieniu których odwołanie zostało wniesione. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie, dopiero w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia braków formalnych, już po upływie terminu za złożenie odwołania, w piśmie z dnia 15 września 2014 r. zostało wskazane, iż inaczej, niż pierwotnie zostało to uczynione w samym odwołaniu, winna zostać oznaczona strona odwołująca – w piśmie tym wyjaśniono, że odwołanie zostało wniesione nie w imieniu X sp. z o.o. w B., ale w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: X sp. z o.o. w B. i Y spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w K. W ocenie Izby działanie takie ocenione zostać musiało za spóźnione i niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

## **216. Sygn. akt: KIO 1911/14, Wyrok KIO z dnia 29 września 2014 r.**

Izba oddaliła złożony na posiedzeniu z udziałem stron wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego bezzasadności. Oparty on został na twierdzeniu o braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w *petitum* odwołania przepisów Pzp, z uwagi na okoliczność, że cena oferty Odwołującego (2.718.900,00 zł brutto) przekracza wskazaną w ust. 8 pkt 1 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (dalej: „Protokół”) kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.460.000,00 zł brutto) i Zamawiający nie ma woli dokonania jej podwyższenia, co wymagałoby w istocie podniesienie opłat śmieciowych nałożonych na mieszkańców Gminy B.

Sformułowany w ten sposób wniosek nie mógł się ostać. Uszło uwadze Zamawiającego, że odrębną kwestią jest badanie przesłanek legitymujących Odwołującego do wniesienia

odwołania, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp (które to w doktrynie i orzecznictwie określa się mianem przesłanek materialnoprawnych), a inną – ustalenie, czy w sprawie nie zachodzą okoliczności wymienione w treści przepisu art. 189 ust. 2 Pzp mające *stricte* proceduralny charakter. Stwierdzenie występowania choćby jednej z tych ostatnich stanowi podstawę do odrzucenia odwołania bez rozstrzygnięcia o jego *meritum*, tj. sformułowanych przez odwołującego zarzutach. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że ustawodawca wprowadził zasadę *numerus clausus* przesłanek odrzucenia odwołania, tj. brak jest podstaw do twierdzenia o konieczności zastosowania takiej sankcji względem wniesionego środka ochrony prawnej, jeżeli nie zachodzi żaden z przypadków wymienionych w treści komentowanego przepisu. Inaczej jest w przypadku stwierdzenia przez Izbę niespełnienia choćby jednej z przesłanek, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. W takim bowiem przypadku nie zachodzi możliwość odrzucenia odwołania (z uwagi na zamknięty katalog przesłanek do tego uprawniających), a odwołanie podlega oddaleniu przez Izbę po przeprowadzeniu rozprawy.

### **217. Sygn. akt: KIO 1977/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r.**

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku w pozbawieniu go możliwości dostępu do dokumentacji postępowania, w tym do ofert konkurentów, wskazuje na możliwość poniesienia szkody. Ewentualne bezprawne uchybienie przez Zamawiającego jawności postępowania uniemożliwia Odwołującemu dokonanie weryfikacji dokumentów złożonych przez innych wykonawców, a przez to stoi na przeszkodzie ocenie przez Odwołującego działań Zamawiającego, chociażby w aspekcie wyboru oferty najkorzystniejszej, co powoduje, że możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego na tym tle nie można nie dostrzec. Stanowisko to jest powszechnie akceptowane w orzecznictwie.

Absolutnie nie do zaakceptowania zaś jest stanowisko Przystępującego, że zarzuty koncentrujące się na złamaniu zasady jawności postępowania przez Zamawiającego nie mogą doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co przesądza o braku uprawnienia do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, gdyby pójść tokiem rozumowania Przystępującego należałoby dojść do przekonania, że powoływanie się przez Odwołującego

na okoliczność bezprawnego nieudostępnienia informacji i ograniczenie jawności postępowania pozostaje w istocie poza kontrolą Izby i nie ma wpływu na tok postępowania. Przedmiotowe stanowiska nie sposób jednak zaakceptować w świetle przepisu art. 179 ustawy Pzp, o czym była mowa wyżej. Z całą mocą należy podkreślić, że ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa podlega ocenie Izby, a nieuprawnione jej zastrzeżenie, jako mogące mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej winno prowadzić do unieważnienia przedmiotowej czynności. Nie sposób również oczekiwać, że jedynie wykazanie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania i czy też odrzucenia jego oferty w powiązaniu z zarzutem uchybienia zasadzie jawności postępowania może skutkować wzruszeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej skoro dokumenty składane w celu potwierdzenia ww. okoliczności są tajne i Odwołujący nie ma do nich dostępu. Dopiero ich odtajnienie, w przypadku nieuprawnionego zastrzeżenia, może dać asumpt do formułowania przedmiotowych zarzutów.

### **218. Sygn. akt: KIO 2203/14, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r.**

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest oprócz czynności wykluczenia wykonawcy – (...) sp. z o.o. z W. [Odwołujący] z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest także naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 tej ustawy. Mając zatem na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie zaskarżona czynność wykluczenia wnoszącego odwołanie wykonawcy. Jednocześnie Izba stwierdza, że wykonawca ten pomimo takiego ograniczenia prawnego możliwości podnoszenia zarzutów, w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, miał możliwość powoływania się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wnoszenia odwołania, albowiem, złożył ofertę cenową brutto z najniższą ceną [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnił zarzutu, co do braku podstaw wykluczenia wykonawcy z tego postępowania umożliwia temu wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a skutkiem niezasadnego wykluczenia wykonawcy z tego postępowania mógłby on ponieść szkodę nie uzyskując tego zamówienia. Zatem Odwołujący w dacie wnoszenia odwołania miał legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do jego wniesienia.

### **219. Sygn. akt: KIO 2358/14, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014 r.**

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca wykazał, że jest potencjalnym wykonawcą, który zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Fakt, że w dniu 21 listopada 2014 r. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania nie przesądza o tym, że Odwołujący w chwili rozpoznawania odwołania utracił interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Decyzja Zamawiającego w chwili rozpoznawania odwołania nie jest ostateczna – wykonawcom przysługuje nadal prawo do wniesienia odwołania wobec powyższej czynności Zamawiającego. Nie można wykluczyć przypadku, że w wyniku postępowania odwoławczego czynność unieważnienia postępowania zostanie unieważniona, a tym samym postępowanie będzie dalej kontynuowane. Zatem należy uznać, że Odwołujący ma interes w tym, aby dążyć do zmiany zaskarżonych postanowień SIWZ na obecnym etapie, pomimo że Zamawiający, już po wniesieniu niniejszego odwołania przez Odwołującego, podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Odwołujący zachowuje bowiem interes w uzyskaniu zamówienia w przypadku gdy czynność unieważnienia postępowania zostanie unieważniona oraz (co najmniej) do upływu ustawowego terminu do wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania. Ewentualne potwierdzenie się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu, uzasadnia zatem możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego.



**220. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.**

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o naruszeniu w tym zakresie przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych Izba stwierdza, że w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawniona do oceny czynności i zaniechań Zamawiającego w kontekście ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Izba nie posiada uprawnień do oceny działań Zamawiającego w zakresie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. t.j. Nr 240, poz. 1429), choć niewątpliwie podkreślenia wymaga, że Odwołujący w tym zakresie nie wskazał na popełnienie przez Zamawiającego żadnego konkretnego czynu dyscypliny finansów publicznych, na które wskazują przepisy przywołanej ustawy.

**221. Sygn. akt: KIO 2490/14, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.**

W ocenie Izby, sam fakt zaproszenia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu do udziału w aukcji stanowi dostateczną podstawę do wykazania naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż wpływa na faktyczną sytuację w postępowaniu przez określenie grona wykonawców, pomiędzy którymi miałyby być prowadzona aukcja. Istotnym z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia przy aukcji elektronicznej jest ustalenie poziomu cen, od których zgłaszane mają być postąpienia. Ponieważ w wyniku przeprowadzonej aukcji ma dojść do ostatecznego wskazania ceny najkorzystniejszej, a tym samym wyboru oferty w postępowaniu, błędy zamawiającego popełnione przy ocenie ofert mogą w konkretnych okolicznościach naruszać interes poszczególnych wykonawców. Niezależnie od samego wyniku aukcji, Odwołujący ma również interes w tym, aby wynik postępowania został ustalony w oparciu o ceny zaoferowane w ofertach bez przeprowadzania aukcji elektronicznej, które są dla niego bardziej korzystne ekonomicznie i prowadzi, w ustalonym powyżej stanie, do faktycznej możliwości wyboru jego oferty. Zamawiający w tej okoliczności upatrywał przeszkody w przyznaniu Odwołującemu ochrony jego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Izba odmiennie niż Zamawiający uznała, iż wynik aukcji (ostatecznie korzystny dla Odwołującego) nie pozbawiał tego wykonawcy interesu w postaci uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia i możliwości realizacji zamówienia za wyższą, od ustalonej w wyniku aukcji, cenę.

**Art. 180 ust. 3****222. Sygn. akt: KIO 1816/14, Wyrok KIO z dnia 18 września 2014 r.**

Zarzuty Odwołującego dotyczą czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego oraz oceny oferty pod kątem jej zgodności z siwz.

Przechodząc do podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, Izba ustaliła, iż koniecznym w tym zakresie było w pierwszej kolejności ustalenie, czy w związku z ograniczeniem dotyczącym wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu, którego wartość nie przekracza kwoty określonej na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy, Izba była uprawniona do oceny uprawnień osoby pierwotnie wskazanej w wykazie, które Zamawiający zakwestionował wzywając wykonawcę w piśmie z dnia 21.08.2014 r. do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie składu orzekającego, dla zapewnienia skutecznej obrony przed bezpodstawnym wykluczeniem z postępowania, nie można pozbawić wykonawcy prawa do podniesienia wszystkich istotnych okoliczności związanych z oceną dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego brak wykazania stanowił podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dotyczyć to może zarówno dokumentów złożonych w ofercie, które Zamawiający uznał za niedostateczne

wzywając następnie wykonawcę do ich uzupełnienia, jak i dokumentów uzupełnionych. Okoliczność, iż wykonawca nie może podnieść w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy (z uwagi na ograniczenie zakresu czynności w art. 180 ust. 2 ustawy), nie oznacza, iż w odwołaniu na czynność wykluczenia go z postępowania nie może bronić dokumentów pierwotnie załączonych do oferty, jeżeli potwierdzały one spełnienie warunku udziału w postępowaniu i zostały bezpodstawnie pominięte przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, brak złożenia Zamawiającemu informacji o niezgodnej z przepisami czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów nie może wywoływać negatywnych skutków procesowych przez ograniczenie prawa do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia z postępowania i podnoszenia wszelkich argumentów przed Izbą, zmierzających do podważenia prawidłowości oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko przeciwne do przedstawionego powyżej, w ocenie składu orzekającego, mogłoby czynić prawo do odwołania iluzorycznym w sytuacji, w której uzupełnione dokumenty nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w przeciwieństwie do dokumentów złożonych pierwotnie w ofercie, czego wykonawca nie mógłby dowodzić przed Izbą.

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

#### **223. Sygn. akt: KIO 1866/14, Wyrok KIO z dnia 25 września 2014 r.**

Izba zauważa jednak, że pomimo, iż Odwołujący wskazał wadliwą podstawę prawną odrzucenia jego oferty, to przytoczył okoliczności faktyczne, które odnosiły się do podstawy jego odrzucenia, a więc okoliczności co do nieważności jego oferty na podstawie art. 108 w związku z art. 58 kc. W ocenie Izby zarzut stanowią przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne. Fakt, że Odwołujący wskazał błędną podstawę prawną odrzucenia jego oferty, nie oznacza, że nie podniósł zarzutu. Z treści odwołania wynika wprost, że Odwołujący sformułował zarzuty odnoszące się do podstawy jego odrzucenia, zatem nawet błędne wskazanie podstawy prawnej odrzucenia jego oferty nie może skutkować zaniechaniem rozpoznania zarzutów przez Izbę lub automatycznym oddaleniem odwołania.

#### **224. Sygn. akt: KIO 2346/14, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r.**

Odwołujący poza postawieniem zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy (...) z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie podał żadnych argumentów okoliczność tę uzasadniających. Wskazał jedynie, iż „jest prawdopodobne”, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba wobec niesprecyzowania, których to warunków udziału w postępowaniu i dlaczego wykonawca nie spełnia, mimo, iż ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

### **Art. 180 ust. 4**

#### **225. Sygn. akt: KIO 2413/14, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.**

Co do stanowiska przystępującego, że odwołanie zostało skierowane do niewłaściwego podmiotu, tj. do Krajowej Izby Odwoławczej, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, to w ocenie Izby w art. 189 ust. 2 ustawy brak jest sankcji za takie uchybienie powodującej odrzucenie odwołania. Nadto Prezes Krajowej Izby Odwoławczej jest organem Izby, zatem oznaczenie na odwołaniu Izby jako całości, a nie jej organu jest wprawdzie uchybieniem formalnym, ale nie mającym wpływu na możliwość nadania sprawie odwoławczej właściwego biegu. Odwołanie dotarło do Prezesa Izby we właściwym terminie.

**Art. 182 ust. 3****226. Sygn. akt: KIO 1354/14, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2014 r.**

(...) skoro podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego polegająca na utrzymaniu w mocy zastrzeżenia uczynionego przez wykonawcę lub zaniechanie przez zamawiającego czynności weryfikacji takiego zastrzeżenia, termin na wniesienie odwołania na taką czynność lub jej zaniechanie biegnie bądź od dnia poinformowania przez zamawiającego, że uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź od dnia poinformowania o rozstrzygnięciu postępowania. Takie stanowisko było już uprzednio wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Izby {por. np. uzasadnienia wyroków Izby wydanych: 11 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1368/11), 4 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 583/12) czy 23 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2161/12)}.

**227. Sygn. akt: KIO 1877/14, Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r.**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę. W tym zakresie Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego, który wskazywał, iż Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2014 roku powziął informacje o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Zważyć należy, iż Odwołujący w dniu 21 sierpnia 2014 roku złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie części jawnej ofert. Wykonawca stworzył w tym celu specjalny serwer ftp, gdzie Zamawiający miał przesłać materiały. W dniu 25 sierpnia 2014 roku Zamawiający w piśmie przewodnim do Odwołującego stwierdził, że przekazuje wnioskowane dokumenty – scan ofert nieodrzuconych (z wyłączeniem dokumentów zastrzeżonych) w formie elektronicznej. Wykonawca, w dniu 28 września 2014 roku ponownie wnioskował i ujawnienie formularzy cenowych 2.1. z oferty. Następnie, dopiero w dniu 2 września 2014 roku, w wyniku ponownego wniosku o przekazanie jawnej części złożonych ofert, Zamawiający wyjaśnił wykonawcy, iż w wyniku badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie (...) dane zastrzeżenie zamierza honorować. Zatem, to w dniu 2 września 2014 roku Odwołujący dowiedział się skutecznie, iż po pierwsze Zamawiający przeprowadził i zakończył proces badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w ofertach, po drugie zaś, że w przypadku oferty wykonawcy (...) Zamawiający uważa, że zastrzeżenie jest prawidłowe. Od tego momentu należy wobec powyższego liczyć termin na wniesienie odwołania od czynności i zaniechań Zamawiającego, który na wcześniejszym etapie postępowania w żaden inny sposób nie artykułował swoich ustaleń i nie przekazywał swojej ostatecznej decyzji wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

**228. Sygn. akt: KIO 2122/14, KIO 2128/14, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r.**

Zamawiający w dniu 29 września 2014 r. przekazał Odwołującemu informację o odmowie wglądu do oferty Konsorcjum X, w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Z informacji tej wynikało, że wykonawca Y odtajnił część zastrzeżonych informacji i te dokumenty stanowią część jawną oferty oraz, że Konsorcjum X podtrzymało w mocy zastrzeżenie tajemnicy, uzasadniając to i przedstawiając dowody, iż informacje zastrzeżone w jego ofercie spełniają przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Termin do złożenia odwołania co do czynności Zamawiającego, polegającej na odmowie wglądu do nieujawnionej części oferty Konsorcjum X upłynął zatem w dniu 9 października 2014 r. Natomiast odwołanie, zawierające zarzut, o którym mowa powyżej, zostało wniesione dopiero w dniu 13 października 2014 roku. 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. Powyżej powołany przepis stanowi o odrzuceniu odwołania w całości, w przypadku, gdy zostało ono wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji odrzucenia odwołania w części. Jednocześnie zarzuty, co do których zachodzą przesłanki, dla których samodzielnie złożone odwołanie podlegałoby odrzuceniu, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2013 r. o sygn. akt KIO 1718/13].

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Zamawiającego co do odrzucenia odwołania w części dotyczącej zarzutu dotyczącego czynności odmowy udostępnienia pełnej treści oferty – ze względu na niedotrzymanie terminu ustawowego na złożenie odwołania w odniesieniu do tego zarzutu. Jednocześnie z uwagi na to, że zarzut jest spóźniony, skład orzekający Izby pozostawił go bez rozpoznania.

#### **Art. 185 ust. 2–4**

#### **229. Sygn. akt: KIO 1439/14, Postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2014 r.**

Skład orzekający Izby nie dopuścił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum (...), ponieważ konsorcjum to utraciło status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu – nie wniosło odwołania wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu wniesionej przez to konsorcjum oferty.

#### **230. Sygn. akt: KIO 1710/14, Postanowienie KIO z dnia 4 września 2014 r.**

Izba zważyła, że z art. 185 ust. 2 Pzp wynika, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do strony postępowania odwoławczego ma mieć interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Odmienne niż w przypadku legitymacji do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, przystępujący wykonawca nie ma obowiązku wykazać ściśle interesu w uzyskaniu zamówienia, ani w ogóle nie musi wykazywać szkody. Ponadto interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść danej strony ocenia się według stanu na chwilę wniesienia odwołania, kiedy w postępowaniu odwoławczym występują dwie przeciwstawne, nie tylko pod względem formalnym, strony – odwołujący i zamawiający. Stąd przystępujący po stronie odwołującego ma wykazać interes w uwzględnieniu odwołania, w przeciwieństwie do przystępującego po stronie zamawiającego, który ma wykazać interes w oddaleniu odwołania. W konsekwencji uwzględnienie w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie powoduje, że zmienia się interes przystępującego w oddaleniu odwołania. Wręcz przeciwnie, w takiej sytuacji przystępujący wykonawca może bronić tego interesu, zgłaszając sprzeciw wobec takiej czynności zamawiającego, co powoduje skierowanie odwołania do merytorycznego rozpoznania na rozprawie {art. 186 ust. 4 Pzp}.

#### **231. Sygn. akt: KIO 1745/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r.**

Z oświadczenia, złożonego przez ww. wykonawcę do protokołu w toku posiedzenia w dniu 9 września 2014 roku, wynikało, iż nie przekazał on stronom kopii zgłoszenia przystąpienia. Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przez ww. wykonawcę, nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy P.z.p., bowiem wykonawca ten nie przesłał kopii zgłoszenia przystąpienia ani Zamawiającemu, ani wykonawcy wnoszącemu odwołanie, a tym samym nie zostało zgłoszone skutecznie. W konsekwencji oznacza to, że wykonawca – Jacek G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) Jacek G., nie nabył statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

#### **232. Sygn. akt: KIO 1772/14, Wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r.**

Izba stwierdziła, że zgłoszoną przez Zamawiającego na posiedzeniu opozycję przeciw przystąpieniu ww. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego należałoby

uwzględnić, jako że uprawdopodobnione zostało, że Wykonawca X nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Treść pisma procesowego zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oparta jest w przeważającej mierze na kwestionowaniu postanowienia SIWZ odnoszącego się do liczby aktywnych linii lotniczych (przewoźników), co jest wyłącznie pozornie zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego. Izba zwróciła przy tym uwagę, że – wbrew twierdzeniom zgłoszonego przez Wykonawcę X przystąpienia – nawet uwzględnienie wniesionego odwołania nie spowodowałoby konieczności dokonania powtórnej oceny jego oferty. Jest tak nie tylko dlatego, że wniosek Wykonawcy X oparty został na twierdzeniu o konieczności wyeliminowania wspomnianego zapisu SIWZ, ale również z tej przyczyny, że złożona przez niego oferta została odrzucona na innej podstawie, niż oferta Odwołującego. W przypadku Wykonawcy X była to stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ, zaś w przypadku Odwołującego – niezgodność oferty z Pzp. Natomiast w pozostałym zakresie stanowisko Wykonawcy X sprowadzało się do podnoszenia zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Y oraz popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów własnych, co nie miało żadnego związku z zaskarżonymi odwołaniem czynnościami Zamawiającego.

Uzasadniony jest zatem wniosek, że Wykonawca X winien samodzielnie wnieść odwołanie, nie zaś próbować przystąpić do postępowania odwoławczego w oparciu o argumentację nieadekwatną do stanowiska strony, którą powinien wspierać. Jakkolwiek Izba podziela zapatrywanie o konieczności interpretowania pojęcia interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Pzp szeroko i bez utożsamiania go z pojęciem interesu warunkującego wniesienie odwołania (por. treść przepisu art. 179 ust. 1 Pzp), tym niemniej interes przystępującego musi pozostawać w jakimkolwiek związku z odwołaniem strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone, czego w tej sprawie stwierdzić nie sposób.

### **233. Sygn. akt: KIO 2050/14, Postanowienie KIO z dnia 21 października 2014 r.**

Izba uwzględniła opozycję wniesioną wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Marka W., uznając, że Zamawiający uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystąpił. Twierdzenia te były szczególnie zasadne wobec faktu wykluczenia tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu.

### **234. Sygn. akt: KIO 2582/14, Postanowienie KIO z dnia 17 grudnia 2014 r.**

Izba ustaliła odnośnie pełnomocnictwa szczególnego dla Konsorcjum (...) załączonego do przystąpienia, iż obejmuje ono swoim zakresem składanie odwołań, a także reprezentację mocodawcy w postępowaniu odwoławczym (pkt 1 i 2). Powyższe zdaniem składu orzekającego Izby obejmuje również zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jako czynności procesowej związanej z postępowaniem odwoławczym. Brak wyszczególnienia w treści pełnomocnictwa szczególnej czynności, jaką jest zgłoszenie przystąpienia, nie wprowadza ograniczeń w zakresie umocowania do ochrony interesów wykonawcy w ramach postępowania odwoławczego. Skoro nie budzi wątpliwości istnienie uprawnienia dla Konsorcjum (...) do wniesienia odwołania, to tym bardziej istnieje ono w zakresie koniecznych czynności dla ochrony interesu wykonawcy w postępowaniu odwoławczym.

### **235. Sygn. akt: KIO 2665/14, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2014 r.**

Izba ustaliła, że w dniu 19 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą faksową pismo wykonawcy (...) Tomasz J., w którym wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba nie uznała skuteczności powyższego przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę (...)



Tomasz J. Przesłanie przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jest nieskuteczne. Ustawodawca zastrzegł bowiem w ustawie Pzp w art. 185 ust. 2 termin oraz formę w jakiej należy wnieść zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przepis ten wskazuje, że przystąpienie należy wnieść w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania oraz określa, że zgłoszenia przystąpienia należy dokonać w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowalnym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołań i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesione drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 Pzp, jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia, o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia.

### Art. 186

#### **236. Sygn. akt: KIO 1432/14, Postanowienie KIO z dnia 23 lipca 2014 r.**

Jeśli zatem Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów, a na posiedzeniu dopełnił stanowisko ustnie do protokołu o uwzględnienie dalszych zarzutów, to należy uznać, iż wyczerpuje to stan stanowiący uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania. Z oświadczeń stron wynika, iż wobec złożenia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający podzielił część zarzutów, oraz wobec cofnięcia pozostałych zarzutów przez Odwołującego, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny.

Biorąc pod uwagę powyższe uznano, że w sprawie zaszyły okoliczności objęte dyspozycją art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania, w sposób satysfakcjonujący Odwołującego.

#### **237. Sygn. akt: KIO 1769/14, Postanowienie KIO z dnia 10 września 2014 r.**

Wydając postanowienie Izba oparła się zatem na art. 186 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesienie 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.

W sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w powołanym przepisie, gdyż przystępujący wezwany do złożenia oświadczenia nie wniósł sprzeciwu w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania.

Postępowanie odwoławcze, mimo że jest zbliżone do postępowania nieprocesowego, ma charakter formalny. Uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są do składania oświadczeń procesowych w terminach wynikających z przepisów. Terminy przewidziane przez ustawodawcę w postępowaniu odwoławczym mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu. Upływ terminu powoduje, że przystępujący traci prawo do wniesienia sprzeciwu. Ewentualne wniesienie sprzeciwu pozbawione jest skutków prawnych. Niezgłoszenie we wskazanym terminie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości obarczone jest rygorem umorzenia postępowania, o czym przystę-

pujący został pouczone w wezwaniu z 4 września 2014 r. stosownie do § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Podnoszona przez przystępującego niejednocześnie przekazania przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie w niczym nie uszczupliła praw przystępującego i nie pozbawiła go prawa do wniesienia środków ochrony prawnej, gdyż jedynym środkiem procesowym przewidzianym dla przystępującego w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania jest sprzeciw, którego przystępujący nie wniósł mimo wezwania.

### **238. Sygn. akt: KIO 2225/14, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r.**

W zakresie naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołania, jakoby zamawiający w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych przez wykonawcę zobligowany był do bezrefleksyjnego uczynienia zadość wszystkim żądaniom zawartym w treści odwołania. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamawiający – zarówno podejmując czynności na skutek uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – winien działać zgodnie z nadrzędnym celem prowadzonej przez siebie procedury, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem przepisów Pzp. Podstawą takiego zapatrywania jest chociażby art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienie publiczne może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Nawet w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania czynności podejmowane przez zamawiającego w jego następstwie nie mogą, w ocenie Izby, prowadzić do skutków sprzecznych z przepisami Pzp, przykładowo do wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, co *nota bene* miałyby miejsce w przedmiotowej sprawie. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby do wniosku, że *ad casum* rola Zamawiającego sprowadzać miałyby się do unieważnienia pierwszej czynności odrzucenia oferty Wykonawcy X, a następnie do jej wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, nawet z pominięciem zawartego w uprzednim odwołaniu żądania dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Co więcej, mając na względzie niekwestionowany przez Odwołującego fakt, że Zamawiający unieważnił podjęte uprzednio czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy X, a nadto powtórzył pierwszą z wymienionych czynności, to podstawą omawianego zarzutu było *de facto* niedokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego. Okoliczność ta nie może jednak stanowić wystarczającej podstawy do zarzucania Zamawiającemu naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp. W szczególności naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp nie przesądza *per se* o uwzględnieniu kolejnego odwołania wykonawcy, wniesionego od niewykonanej zgodnie z jego intencją czynności, lecz o merytorycznym rozpoznaniu środka ochrony prawnej. Niewykonanie wszystkich żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu odnosi bowiem ten skutek, że zamawiający musi liczyć się z ewentualnością zaskarżenia czynności podjętych wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia zarzutów odwołania, co z kolei skutkować będzie wydłużeniem czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji wykonawca, którego odwołanie zostało pierwotnie uwzględnione jest legitymowany do ponownego skorzystania ze środka ochrony prawnej, inicjującego postępowanie odwoławcze, mające na celu – jak wspomniano – weryfikację zgodności z Pzp tych czynności zamawiającego, które stoją w sprzeczności z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu. Interpretacja taka podyktowana jest okolicznością, że obowiązujące przepisy Pzp nie przewidują obowiązku badania przez Izbę zgodności czynności polegającej na uwzględnieniu zarzutów odwołania z materialnymi przepisami Pzp. Przeciwnie – art. 186 ust. 2–3 Pzp statuuje wyłącznie skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznawania zasadności sformułowanych w uwzględnionym odwołaniu zarzutów, czy też wspomnianej powyżej zgodności

tej czynności zamawiającego z regulacjami Pzp. Jeżeli nawet okaże się, że powtórzone przez zamawiającego czynności, choć nie odpowiadają żądaniu odwołującego z uwzględnionego odwołania, były prawidłowe, odwołanie, w którym sformułowano zarzut naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 Pzp podlega oddaleniu, jako pozbawione merytorycznego uzasadnienia.

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

#### **239. Sygn. akt: KIO 2681/14, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.**

Izba uwzględniając wniosek pełnomocnika odwołującego wzięła pod uwagę treść § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (j.t. Dz. U. 2014 poz. 964), zgodnie z którym w przypadku przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień doręczenia korespondencji tą drogą jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została niezwłocznie przesłana również w formie pisemnej. Ta forma doręczenia korespondencji jest skuteczna do wszelkich pism za wyjątkiem pism w sprawie odwołania i przystąpienia. Czyli cofnięcie odwołania w formie przesłanego skanu pisma za pośrednictwem poczty elektronicznej wywołuje skutek prawny przewidziany w ustawie, zgodnie z którym, jak powyżej przywołano, postępowanie ulega umorzeniu.

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

#### **240. Sygn. akt: KIO 2287/14, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności pkt 2 wskazanego przez zamawiającego. Skład orzekający nie ma wątpliwości, że pełnomocnictwo udzielone osobie, która wniosła odwołanie, uprawnia pełnomocnika do tej czynności. Wskazanie w treści pełnomocnictwa uprawnienia do reprezentowania strony przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie dotyczącej odwołania od konkretnej czynności wymienionego zamawiającego w konkretnym postępowaniu, bez wątplenia obejmuje także prawo do sporządzenia i wniesienia odwołania.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 3**

#### **241. Sygn. akt: KIO 1654/14, Postanowienie KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r.**

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp (to jest faksem lub drogą elektroniczną) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Odwołujący wniósł bowiem odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2014 r., to jest 11 dnia od uzyskania 1 sierpnia 2014 r. faksem od Zamawiającego informacji o wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wprost potwierdził w odwołaniu, że informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania otrzymał faksem 1 sierpnia 2014 r., załączając dodatkowo dowód na powyższą okoliczność.

Izba zważyła, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu uwzględniającym wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Należy zauwa-

żyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 Pzp, obowiązującym od 29 stycznia 2009 r., odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie w stosunku do poprzednio obowiązującego art. 184 ust. 2 Pzp, dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 Pzp nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja ustawodawcy, skoro jednocześnie w ustawie Pzp wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego {od 1 stycznia 2013 r. operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe} jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 Pzp). Tym samym nie ma – w obowiązującym już od kilku lat stanie prawnym – podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania listem poleconym 7 sierpnia 2014 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż faktycznie nastąpiło to dopiero z chwilą dotarcia tej korespondencji do adresata, 5 dni później.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych – odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby – było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11), 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12), 4 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 667/13), 9 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 731/13), czy 8 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1562/13), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych, por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 302/10) oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt X Ga254/10).

Ponadto prawidłowość takiego stanowiska został potwierdzona przez Sąd Najwyższy, który 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: Do zachowania – przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp – terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę, że spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, co według słownika języka polskiego oznacza przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia, chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiegokolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, czy też – stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 kpc ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2013 r. Nr 880) w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpk, art. 57 § 5 pkt 2 kpa) przyjmuje się wprawdzie, jako regułę, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do organu, jednak w każdym z tych postępowań domniemanie to wynika wprost z treści przepisów. Tak też w ustawie regulującej zamówienia publiczne i to tylko w odniesieniu do jednego ze środków ochrony prawnej, a mianowicie do skargi na orzeczenie

Izby, którą wnosi się do sądu, w art. 198b ust. 2 zdanie drugie Pzp przewidziano, że wniesienie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Odnosnie zmiany w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Sąd Najwyższy wskazał, że metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii (czy to *legis* czy *iuris*) do wniesienia odwołania. Ten zamiar ustawodawcy potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 9 grudnia 2009 r. (druk sejmowy Sejm RP VI nr 2310). W uzasadnieniu celu tak radykalnej zmiany w systemie środków odwoławczych przewidzianych w ustawie regulującej zamówienia publiczne uwzględniono konsekwencje polegające na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Celem nowelizacji było zaproponowanie rozwiązań, które ograniczają ten negatywny skutek działania systemu środków ochrony prawnej.

Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że dokonana 2 grudnia 2009 r. nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE. L Nr 335 s. 31). W dyrektywie 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych, podkreślając jednocześnie, że podstawowymi jej założeniami są powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, nakierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych. Sąd Najwyższy podniósł również, że w dobie współczesnych środków komunikacji społecznej, powszechności urzędów do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 180 ust. 4 Pzp wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

#### **242. Sygn. akt: KIO 2402/14, Postanowienie KIO z dnia 26 listopada 2014 r.**

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wynika ze zgromadzonej przez Izbę dokumentacji, wykonawca o czynności stanowiącej podstawę do korzystania ze środków ochrony prawnej dowiedział się w dniu 31 października 2014 roku. Informacja przekazana została za pomocą poczty elektronicznej. Tymczasem odwołanie w wymaganej formie pisemnej (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) trafiło do Prezesa KIO w dniu 14 listopada 2014 roku.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli informacje zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Są to uregulowania, które znajdują zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. A zatem, ostatecznym terminem na wniesienie odwołania był 10 listopada 2014 roku. Argumentacja Odwołującego, iż otrzymał on zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dopiero w dniu 5 listopada 2014 roku nie mogła być wzięta pod uwagę. Z akt postępowania niezbiecnie wynika, że Zamawiający korzystał z formy przesyłania informacji wymienionej w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (e-mail), a dodatkowo tylko przesłał wynik



postępowania za pomocą listu poleconego. Tak więc, termin na korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej należało liczyć od daty 31 października 2014 roku, tj. od momentu wysłania korespondencji mailem, nie zaś od daty wysłania listu. Już w dniu 31 października 2014 roku wykonawca mógł zapoznać się z okolicznościami stanowiącymi podstawę do wniesienia odwołania.

#### **243. Sygn. akt: KIO 2075/14, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2014 r.**

Zamawiający podniósł, że odwołujący mógł dokonać wglądu do ofert od dnia otwarcia ofert 02.09.2014 r. i zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołujący miał czas do 12.09.2014 r., aby złożyć odwołanie na niewłaściwe treści oferty przystępującego. Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę, że 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. Wynika to z przepisu art. 180 ust. 1 Pzp, który brzmi »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«. Dlatego wykonawca nie może wnosić odwołania od treści oferty, a dopiero od czynności lub zaniechania zamawiającego np. związanej z kwestionowaną ofertą.

Dlatego skład orzekający Izby uznaje, że odwołanie zostało złożone w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 Pzp, czyli w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

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

#### **244. Sygn. akt: KIO 1714/14, Wyrok KIO z dnia 5 września 2014 r.**

Izba uznała, że z uwagi na ujawnienie się nowych okoliczności w przedmiotowej sprawie, podnoszonych przez Odwołującego oraz w związku z dokonaną przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nową czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego, zarzut ten powinien być rozpoznany przez Izbę merytorycznie. Podnoszenie przez Zamawiającego, że w przedmiocie tego zarzutu nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które nie byłyby przedmiotem odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w niniejszym postępowaniu, wskazywałoby na wypełnienie się w odniesieniu do tego zarzutu przesłanki formalnoprawnej nie pozwalającej na merytoryczne rozpoznanie zarzutu odwołania, a wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wskazana przesłanka nie znalazła wypełnienia w niniejszym stanie faktycznym. Wniesione przez Odwołującego aktualnie odwołanie odnosi się do nowej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (w zakresie zadania nr 4 i 5) dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12 sierpnia 2014 r. oraz do kwestii nowych okoliczności w sprawie, o których wykonawca powziął nową wiedzę na temat nieprawidłowości w wykonaniu na rzecz X Sp. z o.o. przez firmę Y S.A. zamówienia wykazywanego w ramach wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego, mianowicie okoliczności, iż wskazana firma nie wykonała tego zamówienia w sposób prawidłowy bowiem zapłaciła na rzecz wskazanego inwestora kary umowne za zwłokę w wykonaniu kontraktu w wysokości: 48 460 euro. W poprzednim odwołaniu wniesionym przez tego samego wykonawcę (Odwołującego) dotyczące czynności wyboru oferty Przystępującego z dnia 26 czerwca 2014 r. Odwołujący podnosił zarzut dotyczący wskazanego zamówienia, odnosząc się wyłącznie do treści przedłożonych w ofercie Przystępującego referencji wskazanego podmiotu, uznając, że referencje te są nieprawidłowe, bowiem literalnie w swojej treści nie potwierdzają okoliczności prawidłowego ukończenia tych prac i tym samym ich należytego wykonania. Ponadto w odniesieniu do tych

referencji podniesiono wówczas także zarzut niewykonania wskazanych prac w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem terminu składania ofert. Aktualnie zaś Odwołujący podnosi zarzut nieuprawnionego wykazania wskazanego doświadczenia realizowanego na rzecz X Sp. z o.o. w związku z uzyskaniem przez siebie od wskazanego inwestora, w trybie dostępu do informacji publicznej, informacji o zapłacie kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu zamówienia. Zdaniem Izby jest to nowa okoliczność, która nie była podnoszona przez Odwołującego w ramach zarzutów odwołania rozpoznawanego w sprawie KIO 1368/14, a w związku z tym, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pierwotna czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej została przez Zamawiającego unieważniona i przeprowadzono nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, okoliczności te powinny podlegać merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę w niniejszej sprawie.

#### **245. Sygn. akt: KIO 1804/14, Wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r.**

Art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi o obowiązku odrzucenia odwołania, jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. W niniejszym postępowaniu spełniona jest przesłanka tego samego postępowania, tego samego odwołującego, ale nie spełniona jest przesłanka wyłącznie tych samych okoliczności. Okolicznościami są bowiem te same zarzuty, podstawy faktyczne zarzutów czyli czynności lub zaniechania zamawiającego, oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienie faktyczne lub prawne. W sprawie sygn. akt KIO 1488/14 odwołujący formułował zarzuty dotyczące czynności zamawiającego, tj. jego odrzucenia z postępowania, natomiast obecnie czynnością, którą skarży jest czynność unieważnienia postępowania i zarzuty i żądania, a także ich uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczą wyłącznie czynności unieważnienia postępowania, a więc nie są to te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

#### **246. Sygn. akt: KIO 2034/14, Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r.**

Izba uznała za bezpodstawny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. Z treści odwołania rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1222/14 (zarzut 11) wynika, że Odwołujący kwestionował uprzednio postanowienia SIWZ dotyczące próbki (sprzed ich modyfikacji dokonanej w dniu 30 czerwca 2014 r.), jako że – w jego ocenie – bezzasadnie wymuszały na wykonawcach powierzenie Zamawiającemu należącego do nich mienia znacznej wartości, a nadto podawał w wątpliwość intencje Zamawiającego dotyczące sposobu weryfikacji próbki wykonawcy, polegającego na dokonaniu prezentacji na dostarczonym wraz z oprogramowaniem sprzęcie. Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy natomiast kwestii, czy wobec zmodyfikowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ jedynym sposobem na spełnienie wymagań w zakresie próbki jest jej dostarczenie w formie oprogramowania zainstalowanego na sprzęcie wykonawcy oraz niejasności wezwania do uzupełnienia próbki. Z porównania tych okoliczności należy wyprowadzić wniosek, że są one częściowo (w zakresie próbki) i tylko do pewnego stopnia zbliżone, nie zaś tożsame, czego wymaga powołana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia odwołania.

#### **Art. 189 ust. 2 pkt 7**

#### **247. Sygn. akt: KIO 1434/14, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2014 r.**

W myśl art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu, przy czym domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do

jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. faxem lub drogą elektroniczną, co Odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość elektroniczna wpłynęła do Zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. Wskazana w ustawie możliwość zapoznania się przez zamawiającego ze złożonym odwołaniem została zrelatywizowana nie do rzeczywistego zapoznania się z tym dokumentem lecz do sposobu przekazania kopii odwołania, które to sposoby ustawodawca określił w art. 27 ust. 2 ustawy i co do których wyraźnie wprowadził domniemanie zapoznania się z treścią kopii odwołania, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło z zastosowaniem jednego z tych sposobów, niezależnie od tego, w jakich godzinach nastąpiło przekazanie i czy w rzeczywistości Zamawiający się z odwołaniem zapoznał. Określone w ustawie terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach swojego urzędowania.

#### **248. Sygn. akt: KIO 1930/14, Wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r.**

Izba nie dopatrzyła się także zaistnienia przesłanki odrzucenia z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. W ocenie Izby, co wynika wprost z treści odwołania, kwestionowane przez zamawiającego załączniki do odwołania zostały przez odwołującego dołączone jako dowody z dokumentów, tj. odpisy z KRS. Zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy dowody mogą być powoływane przez strony, aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym fakt nie przedłożenia ich w odpisie dla strony przeciwnej w odwołaniu nie wywołuje żadnych negatywnych skutków dla odwołującego, gdyż przedstawienie tych dokumentów może także nastąpić na rozprawie. Ustawa nie zna instytucji prekluzji dowodowej i nie wywodzi negatywnych skutków prawnych z faktu niedoręczenia dowodów w odwołaniu. Zamawiający nie przeczył, że kopia samej treści odwołania została mu doręczona.

#### **249. Sygn. akt: KIO 1741/14, KIO 1747/14, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r.**

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony mają prawo powoływać dowody, aż do zamknięcia rozprawy, z tego względu Izba nie widzi podstaw do odrzucenia odwołania jedynie z tego względu, że zamawiający nie otrzymał wszystkich dowodów z dokumentów w chwili wnoszenia odwołania, albowiem przepisy ustawy nie przewidują w tym zakresie prekluzji dowodowej, ani też sankcji w postaci odrzucenia odwołania nie zawierającego wskazania kompletnego materiału dowodowego na jaki zamierza powoływać się odwołujący w toku postępowania odwoławczego. W ocenie Izby zatem stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, a odwołujący, jeśli podtrzyma zgłoszony w odwołaniu wniosek dowodowy, będzie musiał udostępnić stronom i uczestnikom postępowania odpis dowodu z dokumentu w toku rozprawy, a przed jej zamknięciem.

### **Art. 190 ust. 1–7**

#### **250. Sygn. akt: KIO 1728/14, KIO 1730/14, Wyrok KIO z dnia 8 września 2014 r.**

Izba nie zaliczyła do materiału dowodowego dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w języku angielskim (załącznik nr 5 i 8 do odwołania). Zgodnie z art. 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania

odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Podobnie Izba oddaliła dowód z przedstawionego przez Odwołującego tłumaczenia strony internetowej. W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego wybiórcze tłumaczenia obszerniejszych tekstów uniemożliwiły ocenę i analizę dokumentacji. Izba, jak również strony i uczestnicy postępowania nie mogą ocenić, wobec jedynie fragmentarycznego przedstawienia dowodu, czy przedstawione fragmenty nie są wyrwane z kontekstu.

#### **251. Sygn. akt: KIO 1800/14, Wyrok KIO z dnia 16 września 2014 r.**

Izba przypomina także, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czemu Odwołujący, zdaniem Izby, nie sprostał. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydiktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontrydiktoryjności.

#### **252. Sygn. akt: KIO 1978/14, Wyrok KIO z dnia 9 października 2014 r.**

Ponadto, zdaniem Izby prowadzenie wniosków dowodowych wskazanych w odwołaniu, byłoby dowodzeniem ponad wymagane zamawiającego wskazane w SIWZ, a takowe należy uznać za niedopuszczalne. Izba uznała również za niecelowe powoływanie biegłego, gdyż odwołujący miał możliwość wykazania wnioskowanej niezgodności za pomocą innych dowodów / np. opinii, kart katalogowych, pism kierowanych do jego producenta, itp., czego nie uczynił. Za wyrokiem SO w Gliwicach z 24.09.2012 Sygn. akt X Ga 128/12 stwierdzić należy, że ocena celowości zgłoszonych wniosków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonywana ze szczególną starannością z uwzględnieniem specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia. Zgłaszane dowody nie powinny zmierzać do przedłużania postępowań ponad niezbędny czas. Dotyczy to zwłaszcza takich okoliczności, które mogłyby być wykazywane za pomocą innych, mniej czasochłonnych i wpływających na czas trwania procedur odwoławczych, dowodów.

Ponadto zauważenia wymaga, że odwołujący wielokrotnie podkreślał, że zawarte w dokumentach czy oświadczeniu złożonym przez wykonawcę (...) informacje nie polegają na prawdzie, jednakże w odwołaniu nie postawił zamawiającemu zarzutu, podania w treści oferty nieprawdziwych informacji. Dlatego też wnioskowanie przeprowadzenia części z wnioskowanych dowodów było oderwane od zakresu podniesionych zarzutów.

#### **253. Sygn. akt: KIO 2118/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku o opinię biegłego, zgłoszonego przez Wykonawcę (...) S.A. na okoliczność czy zaoferowana przez niego stacja spełnia wymagania SIWZ. W ocenie Izby dla ustalenia powyższej okoliczności nie są wymagane wiadomości specjalne. Oko-

liczność ta mogła zostać stwierdzona na podstawie innych przedstawionych dowodów w trakcie rozprawy. Nadto Izba zauważa, że ocena zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ powinna była zostać dokonana przez Zamawiającego już na etapie badania i oceny ofert i jako taka mogła być wykazywana w trakcie postępowania dowodowego. Dodatkowo należy podkreślić, że Przystępujący nawet nie sprecyzował bieglego, który miałby taką okoliczność zbadać.

#### **254. Sygn. akt: KIO 2135/14, Wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r.**

Izba postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki. Oddalając wskazany wniosek Izba uznała, że strony oraz uczestnik postępowania reprezentowane są przez osoby posiadające odpowiednią, stosowną do przedmiotu sporu wiedzę. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego – skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Uwzględniając zatem kontradyktoryjny charakter postępowania oraz wynikające art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strony dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązane są bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzą skutki prawne, co – posiadając odpowiednią, zgodną z brzmieniem tezy dowodowej – wiedzę mogą uczynić we własnym zakresie. Wskazana argumentacja i wnioski przedstawiane przez strony i uczestnika postępowania podlegają ocenie, na takich samych zasadach na jakich podlegałyby ocenie dowód z ewentualnej opinii biegłego. (...)

Dokonując analizy przedłożonych przez Odwołującego materiałów informacyjnych, Izba stwierdza, że żaden z nich nie posiada podpisu osoby, która go wytworzyła, a więc oświadczyła, że zawarta w nich treść stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w tej informacji. Tym samym, zdaniem Izby, żaden z wydruków przedłożonych przez Odwołującego nie spełnia cech dokumentu, który korzystałby z domniemania zgodności zawartej w nim treści z prawdą i tym samym nie może zostać uznany za dowód bezpośrednio wskazujący na zasadność podniesionych zarzutów.

W opinii Izby dla skutecznego zakwestionowania oświadczenia wiedzy jakie Przystępujący złożył w pkt 4 Załącznika A do formularza oferty nie jest wystarczające posłużenie się informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej producenta. W żadnym razie materiały zamieszczone w Internecie nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uzyskania wiedzy na temat parametrów technicznych czy możliwych konfiguracji określonych produktów. W ocenie Izby informacje internetowe nie mają bowiem charakteru wyczerpującego. Służą one przedstawieniu w sposób skrótowy pewnych informacji o oznaczonym zakresie. Ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy o określonym produkcie, jednakże mają one charakter jedynie wprowadzający i ogólny. Jak zostało wyżej wskazane, wiadomości zawarte na stronie internetowej producenta nie mają cech dokumentu, a nadto nie ma pewności co do ich aktualności.



Należy zwrócić uwagę, że w sektorze prywatnym brak jest ustawowych regulacji w zakresie minimalnego poziomu informacji, jakie strony te winny zawierać, czy też częstotliwości ich aktualizowania. Stąd też informację zawarte na stronie internetowej producenta mogą co najwyżej uprawdopodobniać istnienie określonych faktów, ale ich w sposób bezpośredni nie dowodzą. Izba nie dezawuuje treści zamieszczonych w informacjach internetowych, jednakże wskazuje, iż ich celem nie jest dowodzenie określonych faktów, ale przekazywanie określonych informacji bliżej nieokreślonego kręgowi jego użytkowników.

Zważywszy powyższe, w ocenie Izby, przedłożone przez Odwołującego wydruki internetowe co najwyżej uprawdopodobniają istnienie określonych faktów.

### **255. Sygn. akt: KIO 2210/14, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r.**

Odnosnie obu przedstawionych opinii, Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą 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 dnia 10 grudnia 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 Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Izba w konsekwencji wskazuje, że uznaje obie złożone opinie w sprawie za opinię prywatną stanowiącą stanowisko strony, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

### **Art. 191 ust. 3**

### **256. Sygn. akt: KIO 2292/14, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014 r.**

W pierwszej kolejności należy odnieść się do wniosku Odwołującego z dnia 20 listopada 2014 r. o otwarcie, w oparciu o przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, zamkniętej rozprawy. W ocenie Izby, przedmiotowe żądanie nie było uzasadnione. Wskazany przepis stanowi, że Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Ustanowiona norma zawiera więc nakaz otwarcia rozprawy, jeśli pojawią się nowe fakty i dowody nieznanne w chwili zamknięcia rozprawy, co do których wiedza wpływa w sposób istotny na treść rozstrzygnięcia. Nie należy również pomijać, że rozstrzygnięcie dotyczy jedynie zarzutów podniesionych w treści odwołania, tak więc nie będzie uzasadnione otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy, w celu ustalenia okoliczności, jakkolwiek nowych, to jednak nie objętych zakresem wyrokowania w danej sprawie.

Odnosząc przedmiotowe rozważania do niniejszego stanu faktycznego, stwierdzić należy, że powodów, dla których odmówiono Odwołującemu otwarcia rozprawy jest kilka. Po pierwsze, dowody przedłożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 20 listopada 2014 r. znajdują się w aktach postępowania, są Izbie znane i dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy przeprowadzono dowód z przedmiotowych dokumentów. W istocie więc nie są to dowody nowe i ustalenia poczynione przez Izbę na ich podstawie były brane pod uwagę przy wydaniu niniejszego orzeczenia.

Po drugie, Odwołujący na podstawie dokumentów przedłożonych w treści powołanego pisma formułuje twierdzenie, że referencyjna dostawa nie odpowiada również przedmiotowo dostawie wymaganej przez Zamawiającego, potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym Odwołujący kreuje nowy zarzut, na gruncie prawa zamówień publicznych, rozumiany jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych i domaga się otwarcia na nowo rozprawy w celu ustalenia powyższych okoliczności i rozstrzygnięcia o nich. Powyższe nie może się jednak spotkać z aprobatą Izby, bowiem ustalenie okoliczności związanych z zakresem referencyjnego zamówienia nie ma związku z treścią wydawanego w niniejszej sprawie orzeczenia. Nie są to bowiem okoliczno-

ści istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż wykraczają poza zakres zarzutów zgłoszonych w odwołaniu. Otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy może służyć jedynie ustaleniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a więc mających znaczenie również z punktu widzenia zakresu wyrokowania. Skoro Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), to tym samym otwarcie rozprawy w celu ustalenia okoliczności, co do których Izba nie może orzekać, nie znajduje uzasadnienia. Podkreślenia wymaga, że uczynienie zadość żądaniu Odwołującego prowadziłoby wprost do obejścia wskazanego przepisu.

Po trzecie, Odwołujący przedkładając rzeczony dokumenty domaga się otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy w istocie również w celu odtajnienia dokumentów postępowania w zakresie szerszym niż wynika to z treści odwołania. Nadto, wskazuje, że przedmiotowe dokumenty posłużą mu do formułowania dalszych twierdzeń. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy nie może służyć zapoznaniu się Odwołującego z dokumentacją postępowania, rolą Izby nie jest bowiem, wobec pozyskania przez Odwołującego wiedzy o dokumentach, których treść nie była mu znana, rozstrzyganie jaki wpływ ma przedmiotowa okoliczność na zakres dotychczasowych zastrzeżeń o zachowaniu określonych dokumentów w poufności, bo po pierwsze, to nie Izba podejmuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale dokonuje oceny działań Zamawiającego, po drugie zaś, otwierając rozprawę Izba nie może doprowadzić do sytuacji, że nowo otwarta rozprawa stanowić będzie forum do dokonywania czynności przez Zamawiającego (podejmowania decyzji o odtajnieniu kolejnych dokumentów, w związku z zapoznaniem się z treścią dokumentów przedłożonych przez Odwołującego przy piśmie z dnia 20 listopada 2014 r.) i formułowania nowych zarzutów przez Odwołującego, przy jednoczesnym objęciu zakresem orzekania powyższego. Nie jest to możliwe z powodów, o których była mowa wyżej, w szczególności ze względu na ograniczenia wynikające z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

### **Art. 192 ust. 2**

#### **257. Sygn. akt: KIO 2517/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r.**

Skład orzekający Izby uznaje, że zamawiający opisaną wyżej czynnością naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wskazanie tego przepisu w sytuacji braku ku temu przesłanek.

Jak wynika z uzasadnienia faktycznego rzeczywistą przyczyną wyeliminowania wykonawcy z postępowania było uznanie, że złożona oferta wraz z uzupełnionymi dokumentami nie jest zgodna z wymogami siwz. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Są to tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, potwierdzające, iż przedmiot oferty jest zgodny z SIWZ. Nie stanowiły dokumentów podmiotowych odnoszących się do cech wykonawcy, w takim tylko wypadku uzasadnione byłoby rozpatrywanie ewentualnych przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Należy potwierdzić, iż zamawiający podał niewłaściwą podstawę prawną dla czynności odrzucenia oferty odwołującego (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp) – co na rozprawie przyznawał. Podstawą czynności tego typu winna być w rozpatrywanym przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – ustalona niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadzała się w tym przypadku do braku potwierdzenia zamawiającemu, iż w dniu składania ofert oferowane dostawy pozostawały zgodne z wymaganiami SIWZ. Jednakże błędne powołanie przepisu – podstawy prawnej eliminacji oferty z postępowania – stanowiło w tym przypadku uchybienie formalne, które nie wpływa na wynik postępowania i jako takie, w związku z normą art. 192 ust. 2 Pzp, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

**Art. 192 ust. 7****258. Sygn. akt: KIO 1569/14, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r.**

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie sformułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnieszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które *de facto* uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słuszością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsze właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

**Art. 192 ust. 9 i 10****259. Sygn. akt: KIO 1754/14, Wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r.**

Uwzględniono zatem koszty stawiennictwa jednego pełnomocnika, to jest pełnomocnika zawodowego [stosownie do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. w spr. VIII Ga 243/13], to jest w wysokości, jaka została udokumentowana złożonym rachunkiem [§ 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia [rozporządzenie 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) – przyp. red.]]. Koszt dojazdu samochodem osobowym na trasie: miejsce zamieszkania pełnomocnika – siedziba Zamawiającego, a następnie siedziba Zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza nie zostały udokumentowane, w inny sposób aniżeli własne oświadczenie Zamawiającego [spis kosztów]. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania] nie przyjął jednak, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa [tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.] oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach [Dz. U. z 2005 r. Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.]. Skoro takiego rachunku albo innego, odpowiadającego rachunkowi dokumentu nie złożono – wskazane koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone. Zamawiający nie złożył w szczególności delegacji, obrazującej polecenie wyjazdu służbowego pełnomocnika, czy dokumentu uzasadniającego obowiązek ponoszenia przez pracodawcę kosztów podróży służbowej – stosownie do brzmienia przepisów Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju [Dz. U. z 2002 r. Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.] a także Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy [Dz. U. 2002 r. Nr 27 poz. 271 z późn. zm.], co by pozwalało na przyjęcie kosztów przejazdu jako ilorazu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika, przy istnieniu umowy między pracodawcą a osobą delegowaną.

**260. Sygn. akt: KIO 1761/14, Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r.**

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia [rozporządzenie 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) – przyp. red.] Izba może zasądzić na rzecz strony postępowania, która uzyskała korzystny dla niej wynik postępowania odwoławczego uzasadnione koszty strony, w tym – stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika na pod-

stawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy. Taki rachunek co do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego został faktycznie przedłożony do akt sprawy, jednakże z jego treści nie wynika, aby dotyczył kosztów pełnomocnika Zamawiającego związanych z niniejszym postępowaniem odwoławczym. Rachunek został wystawiony na rzecz Zamawiającego przez firmę doradczą, prowadzoną w formie spółki z o.o. z tytułu: „Zastępstwo przed Krajową Izbą Odwoławczą”, zaś pełnomocnikami w sprawie były osoby fizyczne: Pan Szymon G. – Z-ca Dyrektora X, Pani Celina D. – Główny Specjalista Zespołu Przetargów i Umów w X i Pani Agnieszka W., a nie wskazana spółka. Tym samym zatem w tym przypadku Izba, nie znajdując żadnego powiązania pomiędzy kosztami wskazanymi w rachunku złożonym do akt sprawy z ustanowionymi w sprawie niniejszego postępowania odwoławczego (KIO 1761/14) pełnomocnikami Zamawiającego, uznała wskazane koszty za nieuzasadnione.

**261. Sygn. akt: KIO 1776/14, Wyrok KIO z dnia 16 września 2014 r.**

Odwołujący wnosił ponadto o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, jednak nie przedstawił z tego tytułu rachunku. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww. Rozporządzenia [rozporządzenie 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) – *przyp. red.*] do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł. Z powyższego wynika, że Izba orzeka o uzasadnionych kosztach stron na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Skoro Odwołujący nie przedłożył stosownego rachunku, to nie było podstaw do zasądzenia kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na jego rzecz.

**262. Sygn. akt: KIO 1835/14, Postanowienie KIO z dnia 16 września 2014 r.**

Jednocześnie Izba stwierdziła, że z oświadczenia zamawiającego wynika, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zatem zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi wynosi 7 500 zł, Odwołujący zaś uiścił kwotę 15 000 zł, co wynika z dowodu załączonego do odwołania. W tym stanie rzeczy należało uznać, że odwołujący nadpłacił kwotę 7 500 zł i kwotę tę Izba nakazała zwrócić odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych.

**263. Sygn. akt: KIO 1866/14, Wyrok KIO z dnia 25 września 2014 r.**

Izba nie zasądziła kosztów wnioskowanych przez pełnomocnika Odwołującego. Stosownie do § 3 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [rozporządzenie 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) – *przyp. red.*], do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości



określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, wynagrodzenie pełnomocników. Z powyższego wynika, że Izba może zaliczyć do kosztów postępowania koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił ustny wniosek o zasądzenie kosztów, nie precyzując o jaki rodzaj kosztów chodzi, nie wskazując również ich wysokości, a co najważniejsze, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych rachunków. W związku z powyższym brak było podstawy do zasądzenia wnioskowanych kosztów.

#### **264. Sygn. akt: KIO 2423/14, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2014 r.**

Jednocześnie, stosownie do § 3 pkt 2 lit a) ww. rozporządzenia [*rozporządzenie 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) – przyp. red.*], Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Zamawiającego, związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie – w wysokości 299,00 zł. Izba za uzasadnione koszty uznała w tym zakresie koszty dojazdu, wykazane w sposób należyty, złożonymi do akt postępowania kopiami biletów na przejazd pociągiem relacji Kraków – Warszawa – Kraków, jak również za uzasadniony i związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, w związku z godziną wyznaczonego posiedzenia oraz miejscem siedziby Zamawiającego, Izba uznała koszt jednego noclegu, wykazany w sposób należyty złożoną do akt fakturą VAT. Izba uwzględniła w tym zakresie argumenty pełnomocnika Zamawiającego przedstawione dla uzasadnienia konieczności wcześniejszego przyjazdu na wyznaczony termin posiedzenia.

#### **265. Sygn. akt: KIO 2354/14, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.**

Izba uznała za nieuzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie Izby i rozprawę w dniu 3 grudnia 2014 r. w kwocie 390,42 zł oraz koszty opłaty parkingowej w łącznej kwocie 30,00 zł z racji braku przedłożenia w tym zakresie przez Zamawiającego rachunków wymaganych przepisami wskazanego rozporządzenia. Co do kosztów przejazdu Zamawiający wskazał na koszt zakupu paliwa i w tym zakresie nie przedstawił rachunku. Za takowy nie można uznać spisu kosztów wystawionego przez samego Zamawiającego z uwagi na to, iż Zamawiający nie był sprzedawcą paliwa i nie miał tym samym uprawnień do wystawiania rachunku. Podobnie Izba uznała, jeśli chodzi o koszty opłaty parkingowej – żaden rachunek w tym zakresie nie został przedstawiony, zaś ujęcie tych kosztów w spisie kosztów wystawionym przez Zamawiającego nie można uznać za właściwy rachunek, ponieważ sprzedawcą usługi parkingowej nie był Zamawiający.

#### **266. Sygn. akt: KIO 2488/14, Postanowienie KIO z dnia 5 grudnia 2014 r.**

Z powołanych przepisów ww. Rozporządzenia [*rozporządzenie 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) – przyp. red.*] wynika, że w sytuacji, gdy Odwołujący cofnął odwołanie przed otwarciem rozprawy Izba nie zasądza kosztów od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, w związku z czym Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz o zwrot kosztów dojazdu.

**267. Sygn. akt: KIO 2421/14, KIO 2453/14, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2014 r.**

Na podstawie § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia [*rozporządzenie 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.*] Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów przejazdu koleją na trasie Poznań–Warszawa, Warszawa–Poznań oraz kosztów przejazdu Autostradą A2 z uwagi na nie złożenie przez zamawiającego rachunków.

**Art. 196 ust. 1****268. Sygn. akt: KIO 1907/14, Postanowienie KIO z dnia 25 września 2014 r.**

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań [*Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964 – przyp. red.*], ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.



## INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Aukcja elektroniczna** – 161, 221
- B**
- Biegły** – 102, 252, 253, 254, 255
- C**
- Cena** – 131, 132, 133, 135, 137, 149, 158, 163, 164, 165, 166, 175, 176, 188, 189, 190, 193, 202, 205, 206, 216, 218, 221
- **jednostkowa** – 9, 103, 135, 137, 145, 148, 153, 162, 165, 171, 177, 189
  - **brutto** – 9
  - **rażąco niska** – 9, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 232
  - **ryczałtowa** – 149
  - **sposób obliczenia** – 103, 141, 148, 149, 171, 177
- Ciężar dowodowy** – 53, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 82, 83, 106, 224, 251, 254
- Czyn nieuczciwej konkurencji** – 37, 56, 120, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 232
- D**
- Dokumentacja projektowa** – 41, 145
- Dokumenty** – 6, 23, 28, 36, 40, 44, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 70, 86, 87, 89, 97, 254, 255
- **przedmiotowe** – 64, 65, 66, 87, 92, 94, 113, 123, 152
  - **uzupełnianie** – 26, 40, 51, 55, 64, 67, 79, 80, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 120, 123, 152, 155, 178, 197, 222, 246, 257
  - **wyjaśnienia** – 79, 91, 97, 98
  - **wykaz sprzętu** – 70
  - **wykaz osób** – 7, 29, 60, 129, 222
  - **wykaz wykonywanych zadań** – 7, 16, 20, 97, 197
- Domniemanie** – 106, 156, 177, 189, 190, 239, 241, 247
- Dowody** – 102, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256
- Działalność gospodarcza** – 28, 36, 54, 57, 67, 76, 80, 100, 154, 155, 157, 158, 160, 161, 189
- F**
- Formularz ofertowy** – 9, 103, 127, 142, 172
- Fax/poczta elektroniczna** – 90, 187, 235, 239, 247
- G**
- Gwarancja:**
- **bankowa** – 42
- Grupa kapitałowa** – 36, 44, 45, 54, 55, 56, 57
- H**
- Harmonogram** – 149, 151
- I**
- Informacja publiczna** – 7, 244
- Interes:**
- **w uzyskaniu zamówienia** – 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 230, 234
  - **publiczny** – 100, 203
- J**
- Jakość** – 63, 94, 193
- K**
- Kary** – 19, 151, 244
- Komisja przetargowa** – 14
- Konsorcjum** – 36, 37, 38, 39, 57, 158, 159, 211, 215, 229

**Kosztorys** – 131, 141, 142, 148, 172, 179

**Koszty** – 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267

**Krajowa Izba Odwoławcza (KIO)** – 5, 17, 18, 31, 35, 38, 41, 59, 71, 74, 77, 82, 83, 88, 94, 96, 100, 105, 113, 117, 118, 121, 127, 128, 133, 139, 153, 154, 157, 174, 193, 196, 215, 225, 226, 228, 241, 242, 244, 245, 246, 254

**Krajowy Rejestr Karny (KRK)** – 6, 40

**Krajowy Rejestr Sądowy (KRS)** – 6, 28, 54, 55, 80, 172, 248

**Kryteria** – 94, 111, 126, 153, 158, 162, 191, 192, 193, 194, 195, 206

**Kwota na sfinansowanie zamówienia** – 179, 180, 199, 216

## N

**Należyta staranność** – 4, 11, 119, 163, 175, 177, 179, 180, 189, 252

**Należyte wykonanie zamówienia** – 19, 47, 61, 97, 244

**Negocjacje z ogłoszeniem** – 114, 121

**Nieprawdziwe informacje** – 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 57, 252

## O

**Odwołanie:**

- cofnięcie – 239, 266
- odpowiedź – 1, 236
- odrzucenie – 216, 227, 240, 241, 242, 245, 246, 248
- kopia – 247, 248
- uwzględnienie – 236, 237, 238
- uzupełnianie braków formalnych – 215
- wniesienie – 13, 198, 219, 232, 239, 243

**Oferta:**

- badanie i ocena – 5, 19, 121, 124, 125, 238, 252, 253
- częściowa – 55, 101, 102, 122, 161, 180, 199, 208, 244
- najkorzystniejsza (wybór) – 5, 13, 93, 121, 191, 208, 217, 238, 242, 244
- nieważna – 137, 139

– odrzucenie – 39, 66, 94, 121, 125, 131, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 169, 170, 171, 172, 177, 181, 183, 190, 196, 198, 212, 217, 221, 223, 225, 228, 229, 232, 238, 245, 257

– treść – 63, 87, 94, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 133, 134, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 152

– wariantowa – 145

– wstępna – 121

– wyjaśnienie treści – 12, 123, 126, 130, 133, 148, 163, 164, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190

**Ogłoszenie o zamówieniu** – 14, 104, 114, 116, 136

**Omyłka:**

– inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 121, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 171

– pisarska – 127, 128

– rachunkowa – 171

**Opinia bankowa** – 23

**Opozycja** – 232, 233

**Oświadczenie:**

– woli – 36, 38, 51, 58, 65, 72, 80, 87, 103, 124, 126, 127, 130, 131, 133, 138, 139, 145, 151, 172

– wiedzy – 19, 58, 254

## P

**Pełnomocnictwo/Pełnomocnik** – 6, 38, 39, 161, 234, 240, 259, 260, 261, 263, 266

**Pisemność** – 72, 73, 74, 75, 80, 82, 90, 139, 172, 235, 241, 242

**Podatek VAT** – 158, 163, 173, 177, 179, 180

**Podmiot trzeci** – 22, 51, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 96, 98, 140, 155, 159

**Podwykonawca** – 17, 68, 69, 71, 78, 79, 83, 109, 140, 159

**Polisa** – 24, 25, 26, 213

**Postanowienie** – 268



**Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego** – 1

– przygotowanie – 41

**Potencjał:**

– ekonomiczny (finansowy) – 23, 24, 25, 26, 27, 28, 81

– kadrowy – 7, 21, 29, 78, 80

– techniczny – 22, 29, 70, 85

**Protokół postępowania** – 196

**Próbka** – 66, 94, 138, 148, 246

**Przedmiar robót** – 171

**Przedmiot zamówienia** – 4, 24, 25, 29, 31, 32, 33, 34, 63, 66, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 117, 139, 145, 149, 152, 210, 212

**Przedsiębiorca** – 20, 54, 57, 67, 69, 108, 154, 155, 160, 161

**Przetarg nieograniczony** – 115, 119

**Przetarg ograniczony** – 169, 170

**Przystąpienie/Przystępujący** – 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 239

## R

**Rachunek** – 259, 260, 261, 263, 264, 265, 267

**Referencje** – 7, 14, 19, 20, 21, 47, 49, 58, 59, 61, 62, 76, 244

**Roboty budowlane** – 9, 15, 16, 18, 19, 46, 51, 52, 68, 76, 91, 117, 163, 179

**Równoważność** – 31, 145, 150

## S

**Sąd Apelacyjny (SA)** – 154, 160

**Sąd Najwyższy (SN)** – 1, 28, 57, 156, 192, 202, 217, 241, 255, 259

**Sąd Okręgowy (SO)** – 88, 100, 122, 128, 181, 182, 184, 202, 203, 241, 251, 252, 255, 259

**Skarga** – 241

**Specyfikacja** – 2, 103, 104, 110, 111, 112, 113, 141, 144, 191, 207, 210, 232, 246

– modyfikacja – 112, 113, 114, 200

– zapytania i wyjaśnienia – 103, 144, 145, 212

**Spółka cywilna** – 36

**Sprzeciw** – 237

## Ś

**Środki ochrony prawnej** – 5, 196, 198

## T

**Tajemnica przedsiębiorstwa** – 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 47, 61, 109, 163, 177, 214, 217, 226, 227, 228, 256

**Termin** – 247

– na odwołanie – 201, 215, 226, 227, 228, 241, 242, 243, 247, 258

– płatności – 151, 192

– realizacji zamówienia – 97, 100, 101, 102, 108, 168, 201, 204

– składania ofert – 39, 40, 79, 92, 95, 112, 113, 117, 118, 119, 178, 200

– związania ofertą – 136, 156

**Tłumaczenie** – 43, 250

**Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)** – 41, 74, 80

## U

**Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej** – 24, 25, 26

**Umorzenie postępowania** – 237, 239

**Umowa** – 138

– adhezyjna – 100, 203

– nieważność – 200, 201

– wzór – 151

– zawarcie – 1, 201, 202, 203, 204

– zmiana – 100

**Unieważnienie postępowania** – 147, 179, 199, 219, 245

**Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)** – 37, 54, 57

**Urząd pocztowy** – 241

**Urząd Zamówień Publicznych (UZP)** – 153, 182, 193, 262, 268

**Usługi:**

- odbioru odpadów – 151
- pocztowe – 108, 109, 194
- sprzętania – 193

**W**

- Wadium** – 42, 43, 120, 156
- Wadium zatrzymanie** – 120
- Wartość zamówienia** – 32, 163, 165, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 185, 186, 188, 189, 212
- Warunki udziału w postępowaniu** – 7, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 40, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 58, 59, 60, 61, 62, 67, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 108, 110, 193, 196, 197, 213, 222, 224, 244, 256
- Wiedza i doświadczenie** – 7, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 49, 51, 52, 58, 59, 60, 61, 62, 67, 68, 69, 71, 73, 75, 79, 83, 84, 93, 98, 108, 110, 193, 244, 256
- Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** – 14, 114
- Wpis** – 262
- Wykluczenie wykonawcy** – 15, 28, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 55, 56, 57, 67, 73, 78, 86, 96, 97, 120, 169, 170, 197, 213, 217, 218, 222, 224, 233, 241, 257
- Wykładnia** – 36
- celowościowa – 110, 119, 241
  - gramatyczna (językowa) – 2, 57, 110, 193, 241
  - prounijna – 44
  - systemowa – 241
- Wszczęcie postępowania** – 116

**Wykonawca** – 3, 17, 36, 211, 215, 229

**Wynik postępowania** – 46, 47, 48, 49, 50, 198, 257, 260

**Z**

**Zabezpieczenie należytego wykonania umowy** – 205

**Zamówienia:**

- informatyczne – 113
- uzupełniające – 179, 180

**Zamówienie z wolnej ręki** – 115, 179

**Zapytanie o cenę** – 193

**Zarzuty** – 198, 206, 222, 223, 224, 238, 244, 256, 258

**Zasada kontradyktoryjności** – 251, 254

**Zasada swobody umów** – 37, 100, 203

**Zasady udzielania zamówień publicznych:**

- bezstronności – 14
- jawności – 6, 10, 184, 217, 227
- pisemności – 184
- równego traktowania – 2, 3, 4, 5, 31, 35, 66, 80, 83, 88, 95, 107, 110, 112, 113, 122, 139, 146, 148, 164, 178, 184, 187, 192, 194
- uczciwej konkurencji – 2, 3, 4, 31, 35, 37, 41, 56, 80, 83, 95, 99, 101, 107, 108, 110, 112, 113, 117, 122, 139, 148, 154, 159, 161, 164, 178, 184, 192, 194, 212

**Zasady współżycia społecznego** – 100, 122, 202

**Zaświadczenie:**

- US – 6
- ZUS – 6

**Zatrudnienie** – 109, 194

**Ż**

**Żądania** – 238

## AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

*Podane liczby oznaczają numery tez*

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 1, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 22, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 106, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 150, 152, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 169, 170, 171, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 204, 205, 207, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 256, 257, 258, 262
- 2) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.) – 20, 36, 37, 38, 72, 100, 113, 139, 160, 187, 202, 203, 223, 247, 254
- 3) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 215, 241, 255, 259
- 4) Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.) – 241
- 5) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.) – 109
- 6) Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 851 ze zm.) – 28
- 7) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 7, 8, 9, 10, 11, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161
- 8) Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) – 192
- 9) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) – 15, 51, 52
- 10) Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 330 ze zm.) – 28
- 11) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) – 241
- 12) Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1203 ze zm.) – 28
- 13) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.) – 259
- 14) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1182 ze zm.) – 109
- 15) Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.) – 54
- 16) Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 385) – 135, 137

- 17) Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 950 ze zm.) – 26
- 18) Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.) – 220
- 19) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 54, 55, 56, 57
- 20) Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – 241
- 21) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 241
- 22) Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529) – 241
- 23) Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 880) – 241
- 24) Ustawa z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – 137
- 25) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – 116
- 26) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, str. 114–240) – 44, 77, 117, 119, 182
- 27) 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 po-  
prawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L 335 z 20.12.2007, str. 31–46) – 241
- 28) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L 94, str. 65) – 44, 192
- 29) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267
- 30) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – 215, 235, 237, 239, 250, 258, 268
- 31) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) – 179
- 32) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – 14, 16, 19, 23, 24, 26, 29, 40, 59, 60, 61, 62, 67, 73, 75, 77, 79, 81, 90
- 33) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. Nr 27, poz. 271 ze zm.) – 259
- 34) Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków

- ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju (Dz. U. Nr 236, poz. 1990 ze zm.) – 259
- 35) Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165, poz. 1373) – 259











