

Orzecznictwo - zamówienia publiczne

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

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych

NR 4, 2022 rok (1)

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Monika Kawa – Ogorzałek

Ernest Klauziński

Beata Konik

Anna Kuszel-Kowalczyk

Jolanta Markowska

Małgorzata Matecka

Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Bartosz Stankiewicz

Monika Szymanowska

Anna Wojciechowska

Pod kierownictwem:

Irminy Pawlik

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2022 r.

Spis treści

WPROWADZENIE.....	14
Art. 7 pkt 20.....	15
1. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1698/21.....	15
Art. 7 pkt 21.....	15
2. Wyrok z dnia 15 września 2021 r., sygn. akt KIO 2349/21	15
Art. 8 ust. 1 Pzp	17
3. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21.....	17
Art. 16.....	18
4. Wyrok z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1606/21	18
5. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1995/21.....	18
6. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3098/21.....	19
7. Wyrok z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3391/21	19
Art. 18 ust. 1	20
8. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21.....	20
Art. 18 ust. 3	21
9. Wyrok z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 968/21	21
10. Wyrok z dnia 14 września 2021 r., sygn. akt KIO 2466/21	23
11. Wyrok z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21	24
12. Wyrok z dnia 14 października 2021 r., sygn. akt KIO 2548/21, KIO 2570/21	28
13. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2758/21	29
14. Wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3135/21.....	31
15. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3178/21.....	31
16. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21.....	32
17. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3361/21.....	35
18. Wyrok z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3334/21	36
Art. 61 ust. 1	38
19. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2350/21.....	38
Art. 63 ust 1	38
20. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3282/21.....	38
Art. 88 ust 1	39
21. Wyrok z dnia 3 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2961/21.....	39
Art. 91 ust. 1 - 3	41
22. Wyrok z dnia 24 maja 2021 r. sygn. akt KIO 959/21, KIO 1205/21	41
23. Wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3512/21	42
Art. 99 ust. 1	43
24. Wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 989/21.....	43
25. Wyrok z dnia 30 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1724/21	44
26. Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2380/21	44
27. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2768/21	45

28.	Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3183/21.....	46
29.	Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3233/21.....	47
30.	Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3330/21.....	48
Art. 99 ust. 4.....		48
31.	Wyrok z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1172/21.....	48
32.	Wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1951/21.....	49
Art 99 ust. 5.....		50
33.	Wyrok z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21.....	50
Art. 99 ust. 6.....		51
34.	Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2380/21.....	51
Art. 105 ust. 4.....		51
35.	Wyrok z dnia 7 września 2021 r., sygn. akt KIO 1973/21.....	51
Art. 107 ust. 2.....		52
36.	Wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3522/21.....	52
Art. 108 ust. 1 pkt 5.....		52
37.	Wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt KIO 2378/21.....	52
38.	Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21.....	58
Art. 108 ust. 1 pkt 6.....		59
39.	Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21.....	59
Art. 109 ust. 1 pkt 5.....		60
40.	Wyrok z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3672/21.....	60
Art. 109 ust. 1 pkt 7.....		61
41.	Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21.....	61
42.	Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21.....	62
43.	Wyrok z dnia 20 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3298/21, KIO 3307/21.....	62
Art. 109 ust. 1 pkt 8.....		63
44.	Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3315/21.....	63
Art. 109 ust. 1 pkt 10.....		64
45.	Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2528/21.....	64
46.	Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3315/21.....	65
Art. 109 ust. 3.....		66
47.	Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21.....	66
Art. 110 ust. 3.....		66
48.	Wyrok z dnia 8 września 2021 r., sygn. akt KIO 1935/21.....	66
49.	Wyrok z dnia 22 października 2021 r., sygn. akt KIO 2916/21.....	67
Art. 111 ust. 6.....		69
50.	Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21.....	69

Art. 112 ust. 1	70
51. Wyrok z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1163/21	70
52. Wyrok z dnia 21 września 2022 r., sygn. akt KIO 2602/21	71
53. Wyrok z dnia 22 września 2022 r. sygn. akt KIO 2323/21, KIO 2332/21	72
54. Wyrok z dnia 20 października 2021 r., sygn. akt KIO 2716/21	72
55. Wyrok z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3369/21	72
Art. 116 ust. 2	73
56. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21.....	73
Art. 117.....	74
57. Wyrok z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2597/21	74
Art. 118 ust. 1 i 2	75
58. Wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3515/21, KIO 3538/21	75
Art. 126 ust. 1	76
59. Wyrok z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3477/21	76
60. Wyrok z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3753/21.....	77
Art. 128 ust. 1	78
61. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 913/21.....	78
62. Wyrok z dnia 18 maja 2021 r. sygn. akt KIO 939/21.....	79
63. Wyrok z 29 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1649/21	79
64. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3300/21	80
Art. 128 ust. 4 i 5	81
65. Wyrok z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3474/21	81
Art. 137 ust. 7	81
66. Wyrok z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, 2872/21	81
Art. 146 ust. 1 pkt 3	85
67. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2811/21	85
Art. 214 ust. 1 pkt 1	86
68. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2943/21.....	86
69. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3296/21.....	87
Art. 214 ust. 1 pkt 5	89
70. Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3796/21.....	89
71. Wyrok z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2454/21	90
72. Wyrok z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2685/21, KIO 2689/21	94
Art. 214 ust. 1 pkt 7	94
73. Wyrok z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1153/21.....	94
Art. 214 ust. 1 pkt 11	94
74. Wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/21.....	94
Art. 223 ust. 1	95
75. Wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1180/21	95

Art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp	96
76. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2719/21	96
77. Wyrok z dnia 8 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3425/21	96
Art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp	96
78. Wyrok z dnia 14 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1318/21	96
79. Wyrok z dnia 22 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1662/21	97
Art. 223 ust. 2 pkt 3	97
80. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2719/21	97
81. Wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3524/21	98
82. Wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3772/21.....	99
Art. 224 ust. 1	100
83. Wyrok z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2430/21	100
84. Wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21.....	101
85. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r. KIO 3043/21.....	101
86. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3123/21.....	101
Art. 224 ust. 2 pkt 1.....	102
87. Wyrok z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21	102
Art. 224 ust. 6.....	103
88. Wyrok z dnia 22 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1920/21	103
89. Wyrok z dnia 29 lipca 2021 r. , sygn. akt KIO 1946/21	103
Art. 225 ust. 1	104
90. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2299/21.....	104
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b).....	105
91. Wyrok z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt 1299/21	105
92. Wyrok z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3221/21.....	105
93. Wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21	107
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c)	107
94. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2934/21	107
95. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3320/21.....	108
96. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3299/21.....	109
Art. 226 ust. 1 pkt 3	111
97. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21.....	111
98. Wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21.....	111
Art. 226 ust. 1 pkt 5	113
99. Wyrok z dnia 4 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 1028/21	113
100. Wyrok z dnia 8 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1723/21	114
101. Wyrok z dnia 9 września 2021 roku, sygn. akt KIO 2520/21	114
102. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3020/21.....	116
103. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3211/21.....	116

104. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3276/21.....	117
105. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21.....	117
106. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3333/21.....	118
107. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3337/21.....	119
Art. 226 ust. 1 pkt 7.....	120
108. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2735/21, KIO 2747/21	120
109. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3205/21.....	120
110. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21.....	121
111. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3300/21	122
112. Wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3376/21	123
Art. 226 ust. 1 pkt 8.....	124
113. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2249/21.....	124
114. Wyrok z dnia 23 września 2021 r., sygn. akt KIO 2541/21	125
115. Wyrok z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2553/21	126
116. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3207/21.....	126
117. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3248/21.....	127
118. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3357/21.....	128
Art. 226 ust. 1 pkt 10.....	128
119. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21.....	128
Art. 226 ust. 1 pkt 14.....	129
120. Wyrok z dnia 4 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1234/21	129
121. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3362/21.....	130
122. Wyrok z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3482/21	130
Art. 240 ust. 2.....	131
123. Wyrok z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1607/21	131
124. Wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21, KIO 3587/21, KIO 3589/21	132
Art. 241.....	134
125. Wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1669/21	134
126. Wyrok z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2227/21	134
127. Wyrok z dnia 7 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3667/21.....	136
Art. 246 ust. 2.....	137
128. Wyrok z dnia 7 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1045/21	137
Art. 253 ust. 1 pkt 2.....	138
129. Wyrok z dnia 9 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21.....	138
130. Wyrok z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1848/21	139
131. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3355/21	139
Art. 255 pkt 3.....	140
132. Wyrok z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2799/21	140

Art. 255 pkt 5.....	141
133. Wyrok z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1766/21	141
134. Wyrok z dnia 1 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3386/21	142
Art. 255 pkt. 6 Pzp	142
135. Wyrok z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1760/21	142
136. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21	143
137. Wyrok z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3204/21.....	145
138. Wyrok z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3728/21.....	146
Art. 257.....	146
139. Wyrok z dnia 2 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3428/21	146
Art. 262.....	147
140. Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3796/21.....	147
Art. 275 pkt 2.....	148
141. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1568/21.....	148
Art. 333 ust. 1	149
142. Wyrok z dnia 10 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3624/21.....	149
Art. 389 ust. 1	151
143. Wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3048/21.....	151
Art. 405 ust. 2 pkt 3	152
144. Wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2897/21.....	152
Art. 431.....	154
145. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21.....	154
146. Wyrok z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt KIO 2355/21	155
Art. 433 pkt 2.....	156
147. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3277/21.....	156
Art. 433 pkt 3.....	156
148. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3260/21.....	156
149. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3335/21.....	157
Art. 433 pkt 4.....	158
150. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3233/21.....	158
Art. 439 ust. 2	159
151. Wyrok z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2365/21, KIO 2368/21, KIO 2369/21	159
152. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2939/21.....	160
Art. 441.....	161
153. Wyrok z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2450/21	161
Art. 462 ust. 2	161
154. Wyrok z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2353/21	161
155. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2780/21	162

Art. 464.....	162
156. Wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1381/21, KIO 1388/21.....	162
157. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3285/21, KIO 3317/21	163
Art. 505 ust. 1	164
158. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 913/21.....	164
159. Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2528/21	165
160. Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2565/21	166
161. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21	166
162. Wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt KIO 2638/21	167
163. Wyrok z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2454/21	169
164. Wyrok z dnia 3 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3053/21.....	169
165. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2827/21.....	170
166. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3123/21.....	171
167. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3220/21, KIO 3230/21, KIO 3250/21	171
Art. 510 ust. 2	173
168. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2935/21, KIO 2946/21	173
Art. 513 Pzp	174
169. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2817/21	174
Art. 516 ust. 1	174
170. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 roku, sygn. akt KIO 1987/21.....	174
171. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21.....	175
172. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21	176
Art. 520 ust. 2	177
173. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2708/21	177
Art. 525 ust. 1	178
174. Wyrok z dnia 13 maja 2021 r. sygn. akt KIO 903/21.....	178
Art. 525 ust. 3	178
175. Wyrok z dnia 4 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1083/21	178
Art. 527	179
176. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2964/21.....	179
Art. 528 pkt 1.....	181
177. Postanowienie z dnia 1 września 2021 r., sygn. akt KIO 2421/21	181
Art. 528 pkt 2.....	182
178. Postanowienie z dnia 15 września 2021 r., sygn. akt KIO 2631/21.....	182
179. Postanowienie z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2476/21.....	183
180. Wyrok z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2886/21	185
181. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3138/21.....	187

182. Wyrok z dnia 22 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3542/21, KIO 3552/21	188
183. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3679/21	189
Art. 528 pkt 3.....	190
184. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21	190
185. Postanowienie z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2596/21.....	191
186. Postanowienie z 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2402/21.....	192
187. Postanowienie z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt KIO 2894/21, KIO 2895/21	193
188. Wyrok z dnia 28 października 2021 r., sygn. akt KIO 2937/21	194
189. Postanowienie z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3198/21	195
190. Wyrok z dnia 22 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3265/21.....	196
191. Postanowienie z dnia 7 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3779/21	197
Art. 528 pkt 5.....	198
192. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2708/21	198
Art. 528 pkt 6.....	198
193. Postanowienie z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2863/21.....	198
Art. 534 ust. 1	199
194. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2249/21.....	199
195. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2820/21	200
196. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21.....	200
Art. 551 ust. 2	201
197. Wyrok z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3759/21.....	201
Art. 554 ust. 1 pkt 1.....	202
198. Wyrok z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21	202
Art. 554 ust. 6.....	203
199. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21.....	203
Art. 555.....	203
200. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 913/21.....	203
201. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2449/21	204
Art. 568 pkt 2.....	205
202. Postanowienie z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt KIO 2409/21.....	205
203. Postanowienie z dnia 14 września 2021 r., sygn. akt KIO 2354/21	206
204. Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2358/21	206
205. Postanowienie z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2634/21.....	207
206. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2733/21, KIO 2736/21	207
207. Postanowienie z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2851/21.....	208
208. Wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2672/21, KIO 2816/21	209
209. Postanowienie z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3254/21	209

210. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3225/21.....	210
211. Postanowienie z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3297/21	210
212. Postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21.....	211
Art. 578 ust. 2.....	211
213. Postanowienie z dnia 26 maja 2021 r., sygn. akt KIO/W 51/21	211
214. Postanowienie z dnia 21 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO/W 61/21	212
215. Postanowienie z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO/W 64/21	213
216. Postanowienie z dnia 30 lipca 2021 r., sygn. akt KIO/W 73/21.....	213
217. Postanowienie z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO/W 79/21	214
218. Postanowienie z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO/W 80/21	215
219. Postanowienie z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO/W 83/21	215
220. Postanowienie z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO/W 106/21.....	216
221. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO/W 110/21	217
INDEKS RZECZOWY.....	219
AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W TEZOWANYCH ORZECZENIACH	226

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

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

Jest to pierwszy numer, który dotyczy orzeczeń Izby wydanych już w postępowaniach o udzielenie zamówienia, które prowadzone były w oparciu o ustawę z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.). Mając na celu zapewnienie jak największej aktualności publikacji, nie zawiera ona też dotyczących orzeczeń zapadłych w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Oprócz też dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia w niniejsze opracowanie zawiera również wskazanie na orzeczenia omawiające regulacje środków ochrony prawnej. Na szczególną uwagę zasługują tezy postanowień dotyczących uchylecia zakazu zawarcia umowy – z uwagi na wprowadzenie nowej przesłanki uchylecia zakazu oraz tego, że w roku 2021 podobnie jak w roku 2020 wniesiono ponad czterokrotnie więcej wniosków o uchylecie zakazu zawarcia umowy niż w latach poprzednich. Publikacja obejmuje również postanowienia o umorzeniu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą – w tym wydane z uwagi na stwierdzenie przez Izbę, że dalsze postępowanie z innej przyczyny niż wycofanie lub uwzględnienie odwołania stało się niedopuszczalne.

Mam nadzieję, że niniejsza publikacja stanowić będzie cenne źródło wiedzy o kształtującym się orzecznictwie wokół ustawy Prawo zamówień publicznych. Naszym celem było przedstawienie dorobku orzeczniczego Izby z 2021 roku, tak aby w realiach nowego prawa ułatwić zamawiającym prowadzenie postępowań, a wykonawcom udział w tych postępowaniach.

Jan Kuzawiński

Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej

Art. 7 pkt 20

1. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1698/21

Co do zasady Izba nie kwestionuje możliwości uznania informacji zawartych na stronie internetowej za przedmiotowy środek dowodowy mający na celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw usług lub robót budowlanych z postawionymi w postępowaniu przez Zamawiającego wymaganiami, bowiem zauważyć należy, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym pod warunkiem spełnienia przez nie roli określonej w art. 7 pkt 20 Pzp. To od Zamawiającego zależy jaki przedmiotowy środek dowodowy przewidzi i określi w postępowaniu w celu oceny zgodności przedmiotu zamówienia z jego wymaganiami.

Jednak w opinii składu orzekającego w sytuacji, gdy tak jak w niniejszym postępowaniu Zamawiający jako przedmiotowy środek dowodowy żądał złożenia wraz z ofertą dokumentacji technicznej producenta oferowanego urządzenia w postaci oryginału w formie elektronicznej lub w kopii w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu papierowego, której zgodność z oryginałem poświadczy wykonawca lub notariusz podpisem kwalifikowanym nie można było uznać, że podanie przez Odwołującego linku do strony internetowej jest przedmiotowym środkiem dowodowym o charakterze równoważnym do żądanego przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że pojęcie „równoważne” oznacza mający równą wartość, równe znaczenie z czymś. W opinii Izby, nie sposób natomiast porównywać wartości dokumentu (w postaci dokumentacji technicznej producenta) podpisanego przez wykonawcę lub notariusza potwierdzającego istnienie określonych funkcjonalności oferowanego sprzętu, za które podmiot ten przyjmuje odpowiedzialność z informacjami widniejącymi na stronie internetowej. Odwołujący nie wykazał natomiast, że informacje zawarte na stronie internetowej są analogiczne co do treści zawartych w dokumentacji technicznej producenta, w sposób który umożliwiłaby uznanie tych źródeł za równoważne.

Art. 7 pkt 21

2. Wyrok z dnia 15 września 2021 r., sygn. akt KIO 2349/21

Izba wskazuje, iż mimo że ustawa P.z.p. w art. 7 pkt 21 nie odwołuje się do polskich przepisów regulujących roboty budowlane, to nadal ich realizacja w Rzeczypospolitej Polskiej odbywa się na zasadach ustalonych w polskich przepisach powszechnie obowiązujących, w tym w szczególności w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. 2020, poz. 1740 ze zm.) oraz ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. 2020, poz. 1333 ze zm.). W opinii Izby ocena, czy wskazane przez odwołującego roboty stanowią jedną robotę budowlaną, winna uwzględniać wskazane regulacje. Zastosowanie polskich unormowań nie stoi w sprzeczności z regulacjami europejskimi wskazanymi w art. 7 pkt 21 ustawy P.z.p., jako że nie odnoszą się one do tak szczegółowych kwestii, jak proces budowlany, na podstawie którego roboty są realizowane.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z kolei Prawo budowlane w art. 3 pkt 13 stanowi, iż protokół odbioru, czyli pisemne świadectwo potwierdzające zakończenie robót budowlanych, stanowi nieodzowną część dokumentacji budowy. Zgłoszenie obiektu do odbioru odpowiednim wpisem w dzienniku budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru należy do obowiązków kierownika budowy (art. 22 pkt 9 Prawa budowlanego).

Z powyższego wynika, iż o zakończeniu roboty budowlanej przesądza dokonanie jej odbioru końcowego. Odbiór końcowy nie jest wyłącznie czynnością techniczną, lecz wiąże się z nim również doniosłe skutki prawne. Jednym z nich jest kwestia rozliczeń między stronami – z chwilą dokonania odbioru wykonawca ma prawo żądać od inwestora wypłaty należnego wynagrodzenia. Konsekwencją spisania dokumentu odbioru jest również upływanie terminu do naliczania kar umownych za opóźnienia w realizacji projektu, a także przejęcie przez zamawiającego odpowiedzialności za szkody na terenie budowy. Czynność odbioru polega na oficjalnym przekazaniu przez wykonawcę zrealizowanego obiektu inwestorowi i potwierdzone jest protokołem wymieniającym ewentualne wady czy usterki oraz sposób i termin ich usunięcia. Od jej daty rozpoczyna się bieg rękojmi za wady i gwarancji na roboty budowlane.

Jeżeli wskazane powyżej czynności związane z dokonaniem odbioru końcowego miały miejsce każdorazowo w przypadku trzech wykazanych przez odwołującego robót wykonywanych na rzecz X, to należy założyć, że każda z nich była odrębną robotą budowlaną. (...) Odwołujący potwierdził na rozprawie w dniu 13 września 2021 roku, że roboty te były wykonywane na podstawie trzech odrębnych umów, a zatem – zgodnie z definicją umowy o roboty budowlane zawartą w art. 647 K.c. – przyjęć należy, że każda z nich została odebrana i rozliczona. Jeżeli pomiędzy wykonawcą (odwołującym) a inwestorem (X) były jakiegokolwiek ustalenia pozwalające na przyjęcie, że wszystkie 3 roboty należy traktować jako jedną (np. jeden odbiór końcowy, jedna zapłata za wszystkie 3 etapy), to odwołujący winien był wykazać ich istnienie. Zgodnie bowiem z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., to na odwołującym, jako stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, ciąży obowiązek wskazania dowodów na istnienie tego faktu. Brak jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność nie pozwala na przyjęcie, iż roboty te były w istocie jedną robotą budowlaną. Bez znaczenia dla oceny sprawy jest okoliczność, iż zamawiający nie wskazał w s.w.z., że robota budowlana musi być wykonana na podstawie jednej umowy. Zastrzeżenie takie byłoby nieuprawnione, jako że mogą zaistnieć sytuacje, w których – w istocie – jedna robota budowlana mogłaby być wykonana na podstawie kilku umów, niemniej jednak okoliczność

taka każdorazowo winna być osobno zbadana. Postawiony przez zamawiającego odgórny zakaz wykazywania takich robót nie mógłby się ostać.

O tym, że wskazane przez odwołującego roboty są jedną robotą budowlaną nie przesądza również fakt, że zostały one wykonane na podstawie jednej dokumentacji projektowej, skoro charakter wykonywanych robót pozwalał zamawiającemu X na ich udzielanie w częściach, pomiędzy którymi nie zachodziła tożsamość czasowa, a każda z tych części stanowiła odrębną zamkniętą całość.

Art. 8 ust. 1 Pzp

3. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21

Umowa o świadczenie usług prawnych, jako szczególny rodzaj umowy zlecenia jest rzeczywiście typowym przykładem umowy starannego działania, to znaczy przyjmujący zlecenie nie ponosi odpowiedzialności w stosunku do swego mocodawcy za wynik podejmowanych przez siebie działań, lecz za należyłą staranność, jakiej dołożył przy wykonywaniu obowiązków. Tym samym istotą wynagradzania przy tego rodzaju umowach jest uzyskanie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nadzwyczajnej staranności wykonawcy zakończonej uzyskaniem pozytywnego rozstrzygnięcia sporu dla zamawiającego. Kwestie to mają uregulowania ustawowe i tak przykładowo ustawa o radcach prawnych statuuje prawo do uzyskiwania dodatkowego wynagrodzenia w oparciu o przepis art. 22⁴. Zgodnie z treścią przepisu art. 22⁴ ust. 2 ustawy o radcach prawnych „radca prawny jest uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia w wysokości nie niższej niż 65% kosztów zastępstwa sądowego zasądzonych na rzecz strony przez niego zastępowanej lub jej przyznanych w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym lub w postępowaniu egzekucyjnym, jeżeli koszty te zostały ściągnięte od strony przeciwnej. W państwowych jednostkach sfery budżetowej wysokość i termin wypłaty wynagrodzenia określa umowa cywilnoprawna”. W kwestii tej stanowisko zajmowała wielokrotnie Komisja Etyki i Wykonywania zawodu Krajowej Izby Radców Prawnych, która w stanowisku z dnia 9 września 2019 roku uznała, że wymieniony powyżej przepis statuuje prawo nabywania dodatkowego wynagrodzenia przez radcę prawnego oraz charakteryzuje rodzaj tego wynagrodzenia. *Przed wszystkim wspomniany przepis konstytuuje dwie przesłanki uprawniające do nabycia dodatkowego wynagrodzenia: zasądzenie kosztów zastępstwa sądowego na rzecz strony zastępowanej lub przyznanych jej w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu lub postępowaniu egzekucyjnym oraz ściągnięcie tychże kosztów od strony przeciwnej.* W przedmiotowym stanowisku Komisji Etyki wskazano również, że wynagrodzenie dodatkowe ma charakter motywacyjny i warunkowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ustalił, że w razie zasądzenia i wyegzekwowania od strony przeciwnej kosztów zastępstwa zamawiającego przed organem orzekającym w tym i KIO, to zamawiający wypłaci wykonawcy uzyskane wynagrodzenie, ale wykonawca pomniejszy o kwotę wynagrodzenia wysokość miesięcznej faktury za usługę,

czyli *de facto* zwróci zamawiającemu uzyskaną kwotę dodatkowego wynagrodzenia, współfinansując tym samym działalność zamawiającego. Jeszcze bardziej radykalnym rozwiązaniem w który zamawiający nadużywa swojej pozycji, jako gospodarza postępowania jest postanowienie z § 8 pkt 8 projektu umowy, w który ustala, że „*W przypadku gdy Wykonawca składając przed KIO wniosek o zasądzenie ww. kosztów przedłożył fakturę wystawioną na Zamawiającego opiewającą na koszty zastępstwa procesowego, a KIO nie zasądziło na rzecz Zamawiającego tych kosztów – Wykonawca dokona stosownej korekty faktury*”. W takiej sytuacji następowałoby naruszenie charakteru wiążącej strony umowy jako umowy starannego działania, a zmierzałoby do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Art. 16

4. Wyrok z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1606/21

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

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

5. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1995/21

Odrzucenie oferty na podstawie wymagania SWZ podlegającego rozbieżnej interpretacji, w oparciu o dokumenty, których złożenia zamawiający nie wymagał w SWZ, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady przejrzystości. Zasada ta nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek dokonywania czynności w postępowaniu na podstawie ustalonych przez siebie

wymagań. Wymagania opisane przez zamawiającego w SWZ decydują o tym, czy dany wykonawca zdecyduje się na udział w danym postępowaniu. Nie mogą być zatem zmieniane po złożeniu ofert.

6. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3098/21

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu muszą mieć jasność, co do zasad, w oparciu o które będą realizować zamówienia. Fakt, iż umowa zawiera uprawnienia, co do których zamawiający wie, że nie będzie z nich korzystał narusza zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Postanowienia o bezusterkowych odbiorach mogą odstraszyć szereg wykonawców od udziału w postępowaniu przy jednoczesnej świadomości zamawiającego, iż nigdy z tych uprawnień nie skorzysta. Zasada przejrzystości wymaga, aby każdemu wykonawcy były znane warunki realizacji zamówienia, utrzymywanie postanowień, których literalne brzmienie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem skutkuje brakiem przejrzystości postępowania. Utrzymywanie tego typu postanowień jest również nieefektywne, bowiem zmusza wykonawców do uwzględnienia w cenie ryzyk, które w rzeczywistości nie wystąpią. Ponadto, przedmiotowe postanowienia rodzą ryzyko, iż zamawiający jedynie w przypadku części wykonawców odstąpi od pełnego wykorzystywania swoich uprawnień umownych, co wprost może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na obecnym etapie istnieje możliwość wprowadzenia jednoznacznych postanowień umownych, których literalne brzmienie będzie odzwierciedlać deklaracje i intencje zamawiającego.

7. Wyrok z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3391/21

(...) sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku standstill, czy też nie zabrania wykonywania kolejnych czynności w postępowaniu pomimo wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i przed jego rozstrzygnięciem – poza jednym wyjątkiem wskazanym w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z dyspozycją którego „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze”. Tym samym – a contrario – przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pozwalają mu na dokonywanie wszystkich innych czynności. Celem tego typu regulacji jest, aby nadmiernie nie opóźniać postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast jedynie czynność zawarcia umowy jest dla postępowania nieodwracalna i w sposób nieodwołalny kończy nie tylko samo postępowanie o udzielenie zamówienia, ale też konsumuje zamówienie publiczne w znaczeniu wykonania jego przedmiotu, pozostałe zaś czynności mogą zostać unieważnione i powtórzone, nawet w przypadku złożenia ofert. Czynność złożenia ofert jest bowiem również niepowtarzalna, ale tylko w ramach danej procedury postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast jeszcze nie konsumuje samego zamówienia publicznego (wykonania jego przedmiotu), które może być udzielone po unieważnieniu wadliwego postępowania i wszczęciu nowego.

Regulacja taka ma wyważać ekonomikę postępowania przetargowego z interesami wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej. Z tych też powodów od nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w 2008 r. zakaz zawarcia umowy dotyczy tylko postępowania przed Izbą, a nie przed sądem. Należy też zwrócić uwagę, że – zgodnie z poglądami orzecznictwa i piśmiennictwa uformowanymi wobec braku regulacji ustawowych w tym zakresie – decyzja co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i dokumentach związanych z badaniem i oceną ofert, w tym wyjaśnieniach oferty, jest jedną z decyzji podejmowanych w toku czynności „badania i oceny ofert”, zatem zamawiający ma prawo ją podjąć na całym jej etapie, zatem nie tylko przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale także równocześnie z tym wyborem. Wobec powyższego należy uznać, że dokonywanie przez Zamawiającego kolejnych czynności w postępowaniu, nawet w przypadku zawisłości przed Izbą odwołań, choć może być bardzo niekomfortowe dla wykonawców chcących korzystać ze środków ochrony prawnej wobec ofert konkurentów, samo w sobie nie jest uznawane za naruszenie wskazanych zasad postępowania czy zasad współżycia społecznego (choć oczywiście może się tak zdarzyć w indywidualnych stanach faktycznych) – w przeciwnym przypadku wprowadzono by stosowne regulacje, jak też uformowałyby się stosowne poglądy orzecznictwa.

Art. 18 ust. 1

8. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21

Na wstępie wskazać należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jawność dokumentów postępowania została również w nowej ustawie Pzp podniesiona do rangi zasady. Pełna jawność procedur sprawia, że każdy zainteresowany może śledzić tryb kontraktowania środków, wskazywać nieprawidłowości czy zaniechania uczestników postępowania. Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu, zgodnie z opinią UZP, ograniczenie zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. W kontekście powyższego Izba zauważa, że występujące w zamówieniach publicznych naruszenie zasady jawności i tym samym przejrzystości postępowania jest zjawiskiem niebezpiecznym dla prawidłowego przebiegu toku postępowania. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzeżenia informacji, zostają pozbawieni możliwości kwestionowania nieujawnionych im informacji, zawartych w treści ofert i wnoszenia od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, środków ochrony prawnej. Dlatego też w każdym postępowaniu rolę zamawiającego, jest dokładna analiza podstaw zastrzeżenia treści danego dokumentu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż częstym powodem zastrzeżenia, jako tajemnicy treści dokumentów składających się ofertę, jest uniemożliwienie innym wykonawcom kontroli spełniania przez wykonawcę postawionych przez zamawiającego w SWZ wymagań, których spełnienie warunkuje dopuszczenia danego wykonawcy do udziału w postępowaniu oraz wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Art. 18 ust. 3

9. Wyrok z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 968/21

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: *„Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”* Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkracząc w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp.

(...) Izba stwierdziła że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne, przytaczające w znacznej mierze stanowisko doktryny i orzecznictwa, odnosi się zbiorczo do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zastrzeżonych załączników i w zasadzie w przedstawionej formie mogłoby zostać złożone w każdym innym postępowaniu, gdyż przesłanki nie zostały skonkretyzowane. Uzasadnienie najszerzej odnosi się do polityki bezpieczeństwa Przystępującego mającej na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności, jednak przedstawione w tym zakresie dowody to zasadniczo niewypełnione, niepodpisane wzory, które niekonieczne musiały mieć zastosowanie w tym postępowaniu. Nadto, Przystępujący w ogóle nie uzasadnił zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych dokumentów, dlatego też powinny one zostać ujawnione. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do ogólnego wniosku, że Przystępujący upatruje wartości gospodarczej przekazanych informacji, z samego faktu przygotowania oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym sporządzenia kalkulacji kosztów, których ujawnienie innym wykonawcom w ocenie Przystępującego może prowadzić do zachwiania jego pozycji na rynku i uniemożliwi złożenie konkurencyjnych ofert w przyszłych postępowaniach. Poza takim stwierdzeniem trudno doszukać się w złożonym uzasadnieniu jakiejś merytorycznej treści, która czyniłaby zasadnym zastrzeżenie informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby, okoliczność że zastrzeżone informacje zostały przygotowane indywidualnie na potrzeby danego zamówienia nie powodują automatycznie, że zasługują one na ochronę, gdyż okoliczność taka realizuje się w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym podmiot składa ofertę. Zaakceptowanie takiego stanowiska prowadziłoby do kuriozalnej sytuacji, że właściwie w każdym postępowaniu wykonawcy byłiby uprawnieni zastrzec dane informacje wywodząc konieczność ich nieujawnienia z samego faktu podjęcia trudu w przygotowaniu oferty. Przypomnienia wymaga, że wartość gospodarczą należy oceniać obiektywnie, a nie poprzez subiektywne przekonania wykonawcy, że jakieś informacje wymagają ochrony.

Abstrahując od okoliczności, że przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały wykazane i odnosząc się po kolei do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, należy zwrócić

uwagę na następujące kwestie. Co do informacji związanych z grupą kapitałową to wskazać należy, że informacje o spółkach i ich strukturze są informacjami ogólnie dostępnymi, które można ustalić przykładowo korzystając z internetowych rejestrów. Co do kalkulacji ceny oferty, to zgodzić należało się z Odwołującym, że po pierwsze znaczna część kosztów usługi została określona przez Zamawiającego w treści SWZ, była tożsama dla każdego wykonawcy, który składał ofertę w przedmiotowym postępowaniu i których koszty wykonawcy byli zobowiązani ująć w cenie jak wsad do kotła, koszty dzierżawy oraz częściowo koszty mediów. Po drugie, wskazać należy, że również minimalne koszty pracy są informacjami powszechnie znanymi, a Zamawiający określił w SWZ wymaganą ilość etatów niezbędną do realizacji zamówienia. Do informacji powszechnych, a już na pewno znanych wykonawcom, którzy realizując zamówienie zatrudniają pracowników, należą również te związane z możliwością uzyskania pomocy publicznej czy dotyczące dofinansowań. Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 13 maja 2021 r., sygn. akt 807/21, że informacje takie: *„nie są żadnym know-how konkretnego przedsiębiorcy, lecz wiedzą powszechnie dostępną i praktyką dość szeroko stosowaną wśród przedsiębiorców. Nie jest także indywidualnym know-how wykonawcy potwierdzenie spełniania wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też obliczenia do tych wymogów się odnoszące.”* Trudno zatem uznać za wiarygodne stanowisko Przystępującego, że stanowią one informacje podlegające ochronie, nigdy nieujawnione do publicznej wiadomości oraz posiadające wartość gospodarczą. Co do samej metodyki kalkulacji w tym postępowaniu, to uzasadnienie zastrzeżenia wskazuje na pogląd orzecznictwa i doktryny, że może ona zostać uznana za posiadającą wartość gospodarczą. Izba podziela to stanowisko, jednak kalkulacja Przystępującego i poczynione przez niego założenia nie zawierają w ocenie Izby szczególnej wartości, która podlegałaby ochronie, a bynajmniej nie zostało to wykazane. Brak jest informacji o ewentualnych kontrahentach Przystępującego wraz z konkretnymi postanowieniami o poufności, których ujawnienie mogłoby narazić Przystępującego na szkodę.

10. Wyrok z dnia 14 września 2021 r., sygn. akt KIO 2466/21

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Przystępujący zastrzegł całą treść ww. dokumentów. Przystępujący wskazał, że informacje zawarte w dokumentach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK, są informacjami gospodarczymi i organizacyjnymi, których ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania jego pozycji konkurencyjnej. Zdaniem Izby możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Przystępującego twierdzeniami, że ochronie podlegają wszystkie

informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach wymagało wykazania w stosunku do takich informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Przystępującego było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji, to okoliczność taką wykonawca winien wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby obowiązkiem wykonawcy było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności Przystępujący nie wykazał. Co więcej, sam wykonawca wskazuje, że dokumenty zostały wytworzone specjalnie na potrzeby tego konkretnego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, czym jednoznacznie potwierdził, iż po zakończeniu postępowania ich rzekoma obiektywna wartość gospodarcze traci taki charakter.

11. Wyrok z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21

Po pierwsze, Izba wskazuje, że wykonawca X odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wskazał lakonicznie, że informacje o uzyskanych przez wykonawcę marżach, ponoszonych kosztach i zakładanych zyskach, przyjętych stawek za roboczogodzinę mają wartość gospodarczą, a niejednokrotnie stanowią informację o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym. Następnie wykonawca przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Izby wykonawca w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co więcej wykonawca nie odnosi się do poszczególnych informacji/dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca X nie wykazał w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu w osłabienia pozycji wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób informacja co do kosztów sprzętu czy ilości robocizny szacowanej przez Przystępującego do wykonania konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu mogłaby być wykorzystana przez innego wykonawcę. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Przystępującego, zastrzeżone informacje nie identyfikuje żadnych metod działania wykonawcy, które mogłoby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone przez wykonawcę są szacunkami wykonawcy, dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Izba podkreśla, że elementem postępowania przetargowego i zasady jawności jest właśnie prawo innych wykonawców do weryfikacji szacunków przyjętych przez Przystępującego. Narzędzie to stanowi jeden z elementów gwarantujących wybór oferty, w której koszty realizacji zamówienia zostały prawidłowo skalkulowane, co przekłada się na późniejszym etapie na prawidłową realizację zamówienia.

Izba wskazuje, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia i nie jest również jasne

dla Izby w jaki to sposób inni wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia sprzętowe czy robocizny, skoro dotyczą one konkretnego postępowania. W ocenie Izby poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, iż sporządzona przez niego kalkulacja posiada jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób uznać bowiem, że na skutek ujawnienia liczby przewidzianego do realizacji zamówienia sprzętu, czy wysokości kosztów robocizny, mogłoby dojść do utraty pozycji rynkowej wykonawcy. Należy podkreślić, że każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia.

Zdaniem Izby wykonawca X nie wykazał w jaki sposób odtajnienie zanonimizowanego aneksu do umowy o pracy narazi wykonawcę na utratę pozycji rynkowej lub może stanowić jakiegokolwiek zagrożenie dla jego interesów. Aneks ten jest standardowym dokumentem, funkcjonującym na rynku pracy i trudno przypisać mu jakąś obiektywną wartość gospodarczą. Ponadto, Izba wskazuje w zakresie złożonej umowy leasingu, że w jej treści brak jest jakichkolwiek postanowień zobowiązujących strony do zachowania jej treści w poufności. Wykonawca X nie wykazał, iż przedmiot leasingu nie jest ujawniony jako środek trwały w sprawozdaniach finansowych spółki. Jak wynika z treści złożonych wyjaśnień dokonuje on odpisów amortyzacyjnych, to pozwala na przyjęcie założenia, że przedmiotu leasingu jest wskazany w sprawozdaniach finansowych spółki, dostępnych w KRS.

Odnosząc się zaś do załączonych do wyjaśnień faktur, to wykonawca X nie wykazał jaką mają one obiektywną wartość gospodarczą i w jaki sposób ujawnienie takich dokumentów mogłoby spowodować jakąś bliżej określoną szkodę dla wykonawcy. Faktury te przedstawiają jednostkowo ceny nabycia określonego sprzętu i mają charakter historyczny (dotyczą 2019 r.) Trudno zatem wyobrazić sobie w jaki sposób inni wykonawcy mieliby w 2021 r. skorzystać

z danych zawartych w takich dokumentach. Wykonawca nawet potencjalnie nie wskazał na takie sytuacje w treści swojego uzasadnienia. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa.(...)

Subiektywne przeświadczenie wykonawcy, że określone informacje mają dla niego wartość gospodarczą nie uzasadnia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawca jest zobowiązany wykazać jakie konkretne informacje zastrzeżone przez niego w wyjaśnieniach mogą spowodować negatywną konsekwencję w działalności spółki, narazić wykonawcę na jakieś bliżej określone straty finansowe czy utratę pozycji rynkowej. Jest wiedzą powszechną, że wykonawcy ponoszą określone koszty związane z prowadzoną działalnością, w tym koszty leasingu sprzętu, koszty energii, opłaty za dzierżawę łącz i inne. Koszty te stanowią stały element działalności gospodarczej. Izba podkreśla, że sam wykonawca w treści swoich wyjaśnień wielokrotnie podkreśla, że przyjęte koszty mają charakter standardowy, zaś przyjęte stawki odzwierciedlają stawki rynkowe. Zdaniem Izby, w kontekście jawnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i przysługującego innym wykonawcom prawa do weryfikacji cen za realizację zamówienia zaproponowanych przez innych wykonawców, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niemal każdego dokumentu składanego przez wykonawców z wyjaśnieniami tylko w oparciu o czynność kwalifikowaną wykonawcy. Koniecznym jest wykazanie przez wykonawcę jakie konkretne informacje zastrzeżone mogą być wykorzystanie poza ramami konkretnego postępowania, a w jaki sposób mogą narazić wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji rynkowej. Takich okoliczność wykonawca X nie zawarł w treści uzasadnienia. Nie wskazał na choćby hipotetyczne sytuacje, możliwości wykorzystania danych zawartych w fakturach. Izba podkreśla, że utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców rzetelności kalkulacji cenowej zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 UZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Izby, byłoby nieuprawnione, szczególnie w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że celem art. 11 ust. 2 UZNK nie jest ukrywanie przed innymi przedsiębiorcami informacji niezbędnych do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny za realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp ma w tym zakresie nadrzędny charakter.

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Przystępującego nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Izba wskazuje, że w złożonych

uzasadnieniach Przystępujący wielokrotnie powtarza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania, do informacji ma dostęp ograniczona liczba pracowników. Jednakże poza gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy brak w tym zakresie oświadczeń co do konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów potwierdzających wdrożenie owych rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób. Wykonawca nie przedstawiał listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności. Złożenie blankietowej umowy o zachowanie poufności nie jest, zdaniem Izby, dowodem wystarczającym. Nie ma żadnego dowodu na potwierdzenie, że umowę taką zawarli osoby, którym zostały udostępnione zastrzeżone informacje. Izba podkreśla, że nieuprawnione jest stanowisko wykonawcy, że informacje zawarte w wyjaśnieniach podlegają ochronie tylko dlatego, że zostały zebrane w jednym dokumencie, który nie był ujawniony publicznie. Sam fakt zamieszczenia określonych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne.

Nawet jeśli przyjąć za prawdziwe stanowisko Przystępującego, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, to okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w treści wyjaśnień. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Takich jednak okoliczności Przystępujący nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy UZNK. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podkreśla, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji

wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący powołuje się na ograniczony krąg osób mających dostęp do informacji, jednak w tym zakresie poza gołosłownymi stwierdzeniami brak jest wskazania konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów. (...)

Jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji rzetelności wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i zidentyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy *de facto* ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

12. Wyrok z dnia 14 października 2021 r., sygn. akt KIO 2548/21, KIO 2570/21

Izba przede wszystkim zgodziła się z Zamawiającym, że załączniki do oferty zawierające ceny jednostkowe stanowią integralną część oferty i w przedmiotowym postępowaniu uznać te informacje należy za informacje o cenie. Tak jak wskazywał Zamawiający, załącznik nr 1a stanowi integralną część oferty, co wynika z rozdziału XVII ust. 2 i 3 SWZ (...). Przywołany ust. 3 rozdziału XVII SWZ wskazuje również, że ceny jednostkowe składają się z dalszych elementów cenowych, co dodatkowo świadczy o tym, że samo wskazanie cen jednostkowych nie może bezpośrednio wyznaczać sposobu ustalania tych cen. Ustalenie tych cen musi bowiem zostać poprzedzone określeniem wartości bardziej szczegółowych elementów cenowych, które nie zostały ujawnione w powoływanych przez Odwołujących dokumentach postępowania. Ponadto, tak jak wskazywał Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie, informacje o cenach jednostkowych w okolicznościach sprawy w kontekście zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego mają wręcz istotniejsze znaczenie od maksymalnej ceny z tytułu realizacji zamówienia, ponieważ stanowią bezpośrednią podstawę ustalenia wynagrodzenia na podstawie § 12 ust. 1 Wzoru umowy. (...) Tym samym te dane w zawartej umowie również podlegają ujawnieniu. (...)

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że z uzasadnień nie wynika, jakie zasługujące na ochronę z podanych w formularzy cenowych wartości wynika know-how. Treść tych dokumentów nie pozwala ustalić sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej. Wskazane zatem przez Odwołujących informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Odwołujących. Ceny jednostkowe stanowią informacje bardziej szczegółowe niż maksymalna cena całkowita, ale nie zmienia to faktu, że ceny jednostkowe w tym postępowaniu nie wskazują na elementy organizacyjne czy dotyczące polityki cenowej, których ujawnienie narażałoby na utratę przez firmę Odwołujących przewagi konkurencyjnej na rynku usług, których dotyczy przedmiot zamówienia. Z cen jednostkowych nie wynikają informacje wpływające na przewagę konkurencyjną Odwołujących. Zamawiający słusznie zauważył, że nawet w przypadku, gdyby Odwołujący kierowali się pewnymi uniwersalnymi metodami wyceny, to powinni wykazać na jakich założeniach i zgodnie z jakimi schematami metody te się kształtują i na czym polega ich wyjątkowość oraz w jaki sposób potencjalny wykonawca jest w stanie w oparciu o zastrzegane informacje uzyskać przewagę konkurencyjną. Tym samym należało uznać, że Odwołujący nie wykazali wskazywanych w pismach okoliczności przemawiających za wartością gospodarczą informacji, czy ich know-how uzasadniających zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

13. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2758/21

Izba oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że konsorcjum w sposób nieuprawniony dokonało zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

Izba odnosząc się do powyższego, w tym przede wszystkim do utajnienia kalkulacji ceny oferty, wskazuje po pierwsze, że wyliczanie kosztów realizacji danego zamówienia każdorazowo dokonywane jest w oparciu o konkretne warunki danego zamówienia i wymagania określone przez Zamawiającego. X nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Konsorcjum nie wykazało w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na możliwość poniesienia szkody, bowiem nie przedstawiło ono żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem poniesienia szkód finansowych, w tym np. w zakresie zużywanego płynu do dezynfekcji. X nie wykazało, w czym upatruje innowacyjność w przyjętych przez siebie wyliczeniach dotyczących zużywania tego preparatu i jak powyższe przekłada się na kalkulację ceny oferty w porównaniu do innych ofert.

W opinii Izby X nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Izba nie odnalazła żadnych „innovacyjnych” ryzyk, których ujawnienie narażałoby go na identyfikowalną stratę ekonomiczną. Izba stwierdziła ponadto, analizując treść wyciągu z umowy zawartej z X, w treści której znajduje się zapis zobowiązujący wykonawcę do zachowania w poufności wszelkich informacji uzyskanych w związku z realizacją przedmiotu umowy, to nie sposób podzielić argumentów X, iż zapis ten dotyczy ilości zużywanego przez konsorcjum płynu przy realizacji zamówienia na rzecz tamtejszego zamawiającego, czy też sposobu realizacji zamówienia.

Tym samym w opinii Izby Odwołujący w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że ujawnienie informacji narazi go na szkodę. Co istotne obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem X, w treści uzasadnienia enumeratywnie wymienił dokumenty oraz czynniki które według niego taką wartość posiadają, jednakże w żaden sposób nie próbował wykazać dlaczego np. koszty badań lekarskich czy np. zakup odzieży są informacjami które taki walor posiadają, w czym wykonawca upatruje wystąpienie tej okoliczności. Również nie wykazano dlaczego koszty związane z wynagrodzeniem, czy też fakt korzystania z pomocy publicznej taką tajemnicę stanowi. Izba wskazuje, że z merytorycznego punktu widzenia, przesłanek art. 11 ust. 2 uznk nie spełniają informacje wynikające z przepisów, np. dotyczących minimalnego wynagrodzenia. W ocenie Izby za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uznać również przyjętej ilości roboczogodzin, ani też zakładanego zysku. Fakt posiadania pracowników posiadających określone uprawnienia, jak również orzeczonego stopień niepełnosprawności także nie sposób uznać za jakiegokolwiek know-how przedsiębiorcy. W tym miejscu podkreślić należy, że konsorcjum złożyło umowy o pracę i aneksy utajniając dane wrażliwe jak PESEL, miejsce urodzenia i zamieszkania, co w pełni chroni dane osób z którymi umowa została podpisana. (...)

W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na fakt, że zastrzeganie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 i 2 Pzp), jak i jego przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp), zastrzeganie takie powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż

w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty – od początku do końca – są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

14. Wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3135/21

Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

15. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3178/21

W aspekcie powyższego należy dojść do logicznego wniosku, że aby skutecznie zastrzec informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z uwzględnieniem trzech elementów, omówionych wyżej: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności). Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że

wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca, składając wyjaśnienia zawierające informacje stanowiące – według niego – tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem.

Kolejnym zagadnieniem niezwykle istotnym z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z powołanymi powyżej postanowieniami SIWZ oczywistym jest, że wykonawca zobligowany był dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec tego z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień, tj. wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z - przewidzianej zasadami SIWZ wspartymi przepisami prawa - ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Podkreślenia wymaga, że prowadzone przez Zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach ma z jednej strony znaczenie dyscyplinujące dla wykonawcy, (ponieważ jest on zobowiązany do wykazania celowości zastrzeżenia określonych informacji, nie zastrzega bezrefleksyjnie dokumentów, jako niepodlegających ujawnieniu), a z drugiej – jest ułatwieniem dla Zamawiającego, skracając czas analizy skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien zawsze mieć świadomość, że informacje przez niego złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zostaną ujawnione, jeżeli przekonująco nie wykaże, że zasługują one na objęcie ochroną przed dostępem osób trzecich.

16. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21

Wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa może być uznane za skuteczne tylko, gdy wykonawca wykaże w sposób precyzyjny i pełny, że zastrzegany dokument lub jego część spełnia wymagania ustawowe, a nadto, że jego ujawnienie naraziłoby wykonawcę na szkodę mającą

realną wartość gospodarczą. Zauważyć należy, że co do zasady wykonawca wykazując zasadność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy może przekazać zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia odnoszące się do każdego zastrzegane go dokumentu z osobna, lub wykazać spełnianie wymagań, co do całości zastrzeganych dokumentów łącznie. Jednakże wskazane powyżej sposoby wykazania zasadności zastrzeżenia mogą mieć różny skutek dla wykonawcy. W przypadku wykazywania zasadności zastrzeżenia każdego dokumentu z osobna to zamawiający ma obowiązek dokonać oceny zasadności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdego dokumentu z osobna w oparciu o przedstawione dla uzasadnienia tej czynności okoliczności prawne i faktyczne. Natomiast w sytuacji, kiedy wykonawca dokonuje wykazania zasadności objęcia określonych treści, czy dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa za pomocą argumentacji odnoszącej się łącznie do całości zastrzeganych dokumentów – jak to miało miejsce w tym postępowaniu, to naraża się na ryzyko, iż zamawiający, czy też Izba, w przypadku zakwestionowania zasadności zastrzeżenia danej treści czy dokumentu, uzna brak wykazania zasadności objęcia tajemnicą całości zastrzeżonych treści czy dokumentów. Rolą zamawiającego jest obiektywna ocena znaczenia danych informacji dla wykonawcy w kontekście treści zawartych w uzasadnieniu tej czynności, czyli wykazania spełnienia wymagań ustawowych w tym zakresie przewidzianych w przepisach Pzp i uznk. Izba podkreśla, że wykazanie zasadności nadania charakteru poufnego wnioskowanym dokumentom jest wyłączną powinnością odwołującego, który powinien jasno wskazać argumentację przemawiającą za utrzymaniem w poufności licznych dokumentów różniących się treścią oraz znaczeniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeśli zamawiający stwierdzi, że chociażby część z tych zastrzeganych dokumentów nie zasługuje na ochronę to w sytuacji, kiedy uzasadnieniem o zastrzeżeniu poufności objęto łącznie całość dokumentów to może uznać, że zasadność zastrzeżenia nie została wykazana. Z art. 18 ust.3 Pzp jasno wynika, że zastrzeżeniu podlega informacja posiadająca określoną charakterystykę pozwalającą na obiektywną ocenę, nie zaś wyrażone ogólnie subiektywne przekonania wykonawcy. Na wykonawcy spoczywa, zatem obowiązek wykazania zastrzeżenia konkretnej informacji podanej w konkretnym dokumencie w indywidualnych okolicznościach sprawy (por. wyrok KIO z dnia z dnia 4 stycznia 2021 r sygn. KIO 3223/20). Dodać należy, że co do zasady możliwość zastrzeżenia tajemnicy dotyczy określonej informacji, a nie całości dokumentu w którym ta treść się znajduje. (...)

Odwołujący uznając częściową niezasadność takiej czynności zamawiającego powołał się na kwestię, iż część załączników załączonych do wyjaśnień z dnia 20.10.2021 roku stanowi załączniki do pozwu skierowanego przez odwołującego do sądu okręgowego. Odwołujący wywodził, że zgodnie z przepisem art. 9 §1 kpc pozew wraz z załącznikami dostępny jest tylko dla stron i uczestników postępowania i nie może być udostępniony osobom trzecim. Odnosząc się do powyższego Izba nie uwzględniła zasadności tego zarzutu. Wskazać należy, że faktycznie zgodnie z przepisem art. 9 § 1kpc ustalającym zasadę jawności w postępowaniu

cywilnym rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba, że przepis szczególny stanowi inaczej. Strony i uczestnicy postępowania mają prawo przeglądać akta sprawy i otrzymywać odpisy, kopie lub wyciągi z tych akt. Treść protokołów i pism może być także udostępniana w postaci elektronicznej za pośrednictwem systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie sądowe (system teleinformatyczny) albo innego systemu teleinformatycznego służącego udostępnianiu tych protokołów lub pism. Jednakże zdaniem Izby, niezasadne jest wywodzenie z powyższego przepisu, że jawność postępowania ograniczona jest tylko do stron i uczestników. Czym innym jest możliwość udostępnienia dokumentów załączonych do akt sprawy cywilnej, a czym innym uznanie, że zawierają one tajemnicę i z tego powodu nie powinny być udostępniane. Zauważyć należy, że rozprawa przed sądem jest co do zasady jawna, w więc obecność na sali rozpraw nie jest ograniczona tylko do obecności stron i uczestników postępowania. W trakcie rozprawy, strony i uczestnicy mogą przywoływać informacje i wywodzić wnioski z całości dokumentacji sprawy, a tym samym również z treści materiału zgromadzonego w sprawie w formie załączników do pozwu, czy dowodów w sprawie. Tym samym wiedzę w tym zakresie może osiąść każdy, kto uczestniczy w rozprawie niekoniecznie będący stroną czy uczestnikiem tego postępowania. Izba uznaje, że dany dokument będący w danym momencie załącznikiem do pozwu, nie staje się z tego faktu dokumentem zastrzeżonym, jako tajemnica przedsiębiorstwa. O tym decyduje wyłącznie obiektywna rzeczywistość, że dany dokument dotyczący danego podmiotu zasługuje na objęcie go tajemnicą, gdyż w przeciwnym przypadku może spowodować uszczerbek w majątku tego podmiotu, gdyż posiada dla niego bezsprzecznie wartość gospodarczą. Referowany przepis art 9 §1 kpc w powyższym zakresie odnosi się w szczególności do kwestii technicznych, tj. do troski o sprawne działanie sądu, który nie powinien zajmować się udostępnianiem treści akt sprawy, każdemu kto taką wolę wyrazi.

Kolejnym argumentem mającym przemawiać za zasadnością podniesionych zarzutów w odwołaniu, jest według odwołującego okoliczność, że informacje zawarte w zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentach nie mogą być udostępniane także w ramach przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej „udip” (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176, z 2021 r. poz. 1598, 1641), gdyż nie są to dokumenty urzędowe wytworzone i podpisane przez funkcjonariusza publicznego, ponieważ zostały wytworzone przez podmioty prywatne. Izba uznała niezasadność tego zarzutu, gdyż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozciąga się również na inne dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. (...) W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że publiczny dostęp do danych związanych z wydatkowaniem środków publicznych jest niezbędny, aby zapewnić pełną kontrolę nad racjonalnością i efektywnością gospodarowania majątkiem publicznym. Do takich sytuacji należy zaliczyć realizowanie inwestycji publicznych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej winny podlegać zarówno

treści dokumentów bezpośrednio przez ww. podmioty wytworzone, jak i te w oparciu, o które dany dokument urzędowy został wytworzony.

17. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3361/21

Informacje wytworzone w ramach współpracy gospodarczej wykonawców z podwykonawcami, w tym oferty, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli w ramach obustronnej relacji przynajmniej jedna strona wyrazi (zakomunikuje) jednoznacznie drugiej stronie wolę ustanowienia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zatem wystarczające byłoby, gdyby wykonawca w zapytaniu ofertowym do podwykonawcy wyraził taką wolę lub podwykonawca składając odpowiednio swoją ofertę wykonawcy w treści tej oferty zawarł odpowiednią klauzulę. Skoro zatem Odwołujący nie wykazał, że posiada umowę z podwykonawcą o zachowaniu konkretnej informacji w poufności, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz oferty podwykonawców nie zawierają klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, to znaczy, że informacje w nich zawarte nie zostały objęte wolą ich ochrony przed dostępem do nich przez nieograniczony krąg osób lub podmiotów funkcjonujących na rynku. Tym samym wobec braku wykazania przez Odwołującego, że zastrzeżone zostały szczególne warunki współpracy zobowiązujące obie strony dysponujące informacjami zawartymi w ofercie do ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to należy uznać, że oferty podwykonawców przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniają publiczny i jawny charakter takiego postępowania. Wykonawca, który otrzymał oferty od podwykonawców na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne nie może skutecznie zastrzec tych dokumentów jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa (jako adresat oferty) ponieważ dysponentem tych informacji jest także jej nadawca. Odwołujący nie wykazał, że w zakresie, w jakim nadawca oferty dysponuje informacjami zawartymi w ofercie oraz sam fakt współpracy z wykonawcą, są chronione przez niego, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Oświadczenie woli w postaci oferty ma charakter kierunkowy, czyli adresowany do wskazanego w swej treści podmiotu. Złożenie oferty z chwilą zakomunikowania jej adresatowi prowadzi do nawiązania z nim stosunku prawnego, który jest podobny do umowy, który tworzy ramy kontraktowe dochodzenia do umowy o określonej treści (art. 66 § 1 k.c.). Chociaż o zastrzeżeniu informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego decyduje wykonawca (składający ofertę), to nie może on jednostronnie nadać klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, która pozostaje w dyspozycji jego podwykonawcy, który może swobodnie taką informacją dysponować. (...) Izba wskazuje, że każdorazowa ocena stanu faktycznego w danym postępowaniu i ocena prawna skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy. Nie można wywodzić obowiązku Zamawiającego do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne jako zasady, tylko z tego względu, że w innym postępowaniu takiej właśnie oceny zamawiający dokonał.

18. Wyrok z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3334/21

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił, że Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę ww. informacje mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16). Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. (...)

W szczególności nie zostało wyjaśnione jakie określone rozwiązania, które rzekomo oferuje w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący, poprzedzone zostały wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych rozwiązań technologicznych. Dalej zauważyć należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest m.in. dostawa telefonów i innych urządzeń wchodzących w skład oferowanego systemu. Zamawiający na gruncie specyfikacji nie wymagał od wykonawców podania szczegółowych parametrów technicznych oferowanych urządzeń, czy też rozwiązań technologicznych, poprzestając na deklaracji wykonawcy, iż oferowane urządzenia są zgodne z wymogami Zamawiającego. Wykonawca nie był zatem zobowiązany do przedstawienia w ofercie żadnych szczegółów dotyczących oferowanego sprzętu, ani tym bardziej rozwiązań technologicznych, czy też warunków współpracy z producentem oferowanych urządzeń. Nie zostało również wyjaśnione w jaki sposób ujawnienie danych dotyczących oferowanego modelu urządzenia i sprzętu zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez X i pogorszyłoby możliwość oferowania przez wykonawcę zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia. Słusznie w ocenie Izby podniósł Zamawiający, że samo określenie

producenta i modelu urządzenia nie może zostać uznane za informację techniczną, organizacyjną lub technologiczną kreującą przewagę konkurencyjną, gdyż nie dotyczy informacji charakterystycznych dla przedsiębiorstwa podmiotu zastrzegającego. Ten sam producent może oferować takie same urządzenia także innym przedsiębiorcom. Z samej wiedzy o możliwości realizacji przez Odwołującego dostaw wyrobów danego producenta, nie znając jednak warunków tej współpracy, inne podmioty nie mogą zaś pozyskać wiedzy ułatwiającej potencjalne uzyskanie dla siebie korzystniejszych warunków dostaw. (...)

Przechodząc kolejno do zamiaru odtajnienia przez Zamawiającego pozostałych dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykazu osób, JEDZ Odwołującego w zakresie wykazu proponowanych podwykonawców, JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca, odpisu z KRS, dokumentów potwierdzających brak wykluczenia ww. podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca oraz wszelkich innych dokumentów składanych przez podmiot udostępniający zasób, wykazu usług oraz polisy OC Izba uznała, że czynność Zamawiającego w odniesieniu do ww. dokumentów została dokonana z naruszeniem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, pozostającym jednak bez wpływu na wynik niniejszego postępowania warunkującego uwzględnienie odwołania. Przede wszystkim podkreślić należy, iż poza sporem było to, że Zamawiający na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponuje ww. dokumentami oraz że nie sposób w ogóle przesądzić, czy Zamawiający wystąpi do Odwołującego z wezwaniem do złożenia ww. dokumentów. Tym samym dokonana przez Zamawiającego ocena zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów została dokonana wyłącznie na podstawie uzasadnienia stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ w oderwaniu od treści ww. dokumentów nieznanymi obecnie Zamawiającemu, co też zostało wywołane działaniem samego Odwołującego, który wraz z ofertą załączył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia mimo brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek co do zasady zgodzić należy się z Zamawiającym, iż podstawą oceny, czy dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa jest przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie, to jednak w ocenie Izby czynność Zamawiającego zmierzająca do odtajnienia określonych informacji winna zostać dokonana całościowo z uwzględnieniem treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. Zamawiający powinien bowiem kompleksowo zweryfikować twierdzenia danego wykonawcy wynikające z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i skonfrontować je z treścią złożonych dokumentów. Powyższe pośrednio wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który określa moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż winno to nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganej informacji.

Art. 61 ust. 1

19. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2350/21

Odwołujący upatrywał podstawy do stwierdzenia braku skuteczności doręczenia oświadczenia skierowanego za pomocą środka komunikacji elektronicznej, z faktu braku możliwości zapoznania się z jego treścią, co w sprawie faktycznie nie zaistniało. Jak sam wskazywał w wyjaśnieniach na rozprawie, mail generowany przez platformę zakupową nie zawiera załącznika, jak również nie informuje w żaden sposób o treści oświadczenia zamieszczonego na platformie. W każdej sytuacji to wykonawca zobowiązany był pobrać dokument przekazany drogą elektroniczną. Skierowanie zatem komunikatu do folderu SPAM, w żaden sposób nie wpływało na możliwość zapoznania się z treścią wezwania. Dodatkowy komunikat, stanowił wyłącznie pomocnicze dla wykonawcy, narzędzie, które w żaden sposób nie zmieniało zasad komunikacji przyjętych w swz (rozdział XIII). Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego zachowania, które można byłoby ocenić jako niewłaściwe. Fakt poinformowania w rozmowie telefonicznej Zamawiającego o braku zapoznania się z treścią wezwania nie wskazywał na istnienie podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca obiektywnie, działając w normalnym toku czynności, nie mógł zapoznać się z treścią oświadczenia Zamawiającego. Zamawiający dokonał jeszcze sprawdzenia, czy zamieszczony plik był dostępny dla wykonawcy, zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Zgodnie z ustalonymi w swz warunkami obowiązkiem wykonawcy było sprawdzanie komunikatów i wiadomości bezpośrednio na platformie zakupowej. Oczekiwanie, iż to Zamawiający przejmie na siebie ciężar monitorowania aktywności wykonawców, w sytuacji gdy nie jest do tego zobowiązany, nie mogło zmieniać rzeczywistego rozkładu obowiązków, jakie wynikają z racji udziału wykonawcy w postępowaniu. W niniejszej sprawie, to niedopatrzenie ze strony wykonawcy doprowadziło do sytuacji, w której wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone zostały po terminie, a w konsekwencji nie zostały poddane analizie. Jak wyjaśniał Odwołujący, na ich przygotowanie poświęcił około 2 godzin, zatem gdyby monitorował zawartość platformy chociaż raz dziennie, to mógł odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie.

Art. 63 ust 1

20. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3282/21

W ocenie składu orzekającego przepis art. 63 ust. 1 Pzp wskazuje, że m. in. oferty oraz JEDZ, sporządza się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Warto także zwrócić uwagę, że ww. przepis w sposób wyraźny przewiduje również sankcję za niedochowanie wskazanej w nim formy, stąd też brak zachowania tej formy jest sankcjonowany nieważnością czynności wykonawcy. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie odwołujący sporządził ofertę oraz JEDZ zgodnie z przepisem zawartym w art. 63 ust. 1 Pzp. Nie ma przy tym znaczenia wcześniejsze wydrukowanie przygotowanego na potrzeby postępowania, formularza ofertowego oraz formularza JEDZ i wypełnienie ich odręcznie. W ocenie składu

orzekającego, aby złożenie oferty lub JEDZ mogło być uznane za skuteczne, należy wymagać od wykonawcy przekazania zamawiającemu pliku (dokumentu elektronicznego) zawierającego ofertę wraz z właściwym podpisem elektronicznym, który został złożony przed zaszyfrowaniem oferty. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy będzie to podpis wewnętrzny, czy zewnętrzny. Dopuszczalne jest również, aby wykonawca przekazał zamawiającemu swoją ofertę w tzw. „paczce” dokumentów elektronicznych (tj. w skompresowanym archiwum dokumentów elektronicznych, które najczęściej zapisane jest w formacie ZIP) wraz z właściwym podpisem elektronicznym dołączonym jako plik podpisu do „paczki” dokumentów elektronicznych przed jej zaszyfrowaniem. Powyższe jest zgodne z § 8 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, który stanowi, że w przypadku przekazywania w postępowaniu lub konkursie dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Podpisy elektroniczne bowiem stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i paczek dokumentów elektronicznych. Właściwy podpis elektroniczny, którym opatrzone paczkę dokumentów elektronicznych, obejmuje łącznie cały zbiór dokumentów w niej zawartych. Złożenie podpisu pod paczką, jak i pod każdym dokumentem z osobna daje taki sam efekt, tj. dokument elektroniczny jest opatrzony podpisem elektronicznym. Zatem dokument elektroniczny stanowiący element archiwum podpisanego właściwym podpisem elektronicznym jest podpisany tym podpisem. Podpis elektroniczny bowiem dotyczy danych zawartych w dokumentach elektronicznych, a nie fizycznie samego dokumentu. Zaznaczyć przy tym należy, iż weryfikacja podpisu elektronicznego złożonego pod paczką skompresowanych plików oraz jego powiązania z konkretnym dokumentem elektronicznym zawartym w paczce będzie możliwa tylko w przypadku, gdy zamawiający będzie posiadał dostęp do całego podpisanego archiwum. W ocenie składu orzekającego wykonawca X złożył kwestionowane przez odwołującego dokumenty w sposób opisany powyżej przez co nie było podstaw do uwzględnienia odwołania.

Art. 88 ust 1

21. Wyrok z dnia 3 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2961/21

Zgodnie z art. 88 ust. 1 Pzp Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Według ust. 3 ww. przepisu udostępnienie ogłoszenia w miejscach, o których mowa w ust. 1 i 2, nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został

powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Zgodnie z art. 137 ust. 4 Pzp w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1. Według ust. 5 ww. przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Powołane przepisy określają zatem kolejność udostępniania ogłoszeń, przy czym dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca zdecydował się wprowadzić regułę przyznającą pierwszeństwo publikacji w oficjalnym publikatorze. Jako pierwsze ogłoszenie powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a następnie Zamawiający może je udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz w innych miejscach. Jednak dostrzeżenia wymaga, że od tej zasady został wprowadzony wyjątek odwołujący się do sytuacji, w której Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. W takim przypadku Zamawiający może jako pierwsze upublicznić ogłoszenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania lub w innych miejscach. (...)

Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ, nie budziło żadnych wątpliwości, że zmiany ogłoszenia - zakwestionowane przez Odwołującego - zostały przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i opublikowane odpowiednio w dniach:

- opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2021 r. – przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24 września 2021 r. (sekcja VI.5 ogłoszenia);,
- opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2021 r. – przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 1 października 2021 r. (sekcja VI.5 ogłoszenia).

W przypadku zmiany ogłoszenia z września 2021 r. Izba wskazuje, że została ona opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 27 września 2021 r. a zatem po upływie co najmniej 48 godzin od daty przekazania przez Zamawiającego zmienionej treści ogłoszenia. Analogicznie stwierdzić należy w odniesieniu do ogłoszenia z października 2021 r. zostało ono opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4 października 2021 r. Bez wątplenia od momentu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej upłynęło co najmniej 48 godzin, ponieważ ogłoszenie zostało przekazane do publikatora w dniu 1 października 2021 r.

Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, który wskazywał, że oba ogłoszenia, tj. z dnia 24 września 2021 r. jak również z dnia 1 października 2021 r. zostały przekazane przez Zamawiającego celowo w piątek, tj. w ostatnim dniu roboczym tygodnia. Izba wskazuje, że przepisy ustawy zezwalają Zamawiającemu na publikację zmiany ogłoszenia na własnej stronie internetowej przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie różnicując przy tym upływającego czasu na dni tygodnia na robocze i wolne. Tym samym nie sposób uznać, że przy interpretacji ww. przepisów znaczenie ma to, czy upływ 48 godzin obejmował dni pracujące czy też dni wolne od pracy.

Art. 91 ust. 1 - 3

22. Wyrok z dnia 24 maja 2021 r. sygn. akt KIO 959/21, KIO 1205/21

Izba wskazuje, że z treści art. 91 ust. 1 Pzp wynika uprawnienie dla Zamawiającego co do możliwości podziału zamówienia na części, a nie obowiązek podziału zamówienia na części, a tym samym wykonawca nie może domagać się od Zamawiającego dopuszczenia składania ofert częściowych. Za takim uprawnieniem przemawia również wykładnia ust. 2 tegoż artykułu, zgodnie z którym *zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części*, który to przepis nakłada na Zamawiającego jedynie obowiązek uzasadnienia decyzji o braku podziału na części. Co za tym idzie, w przypadku udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części, zobowiązany jest on do wskazania uzasadnienia braku podziału zamówienia na części.

Dokonanie podziału zamówienia na części będzie zależne od decyzji Zamawiającego uzasadnionej każdorazowo od analizy okoliczności dotyczących konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 16 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Jednakże podkreślenia wymaga, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodnie dla wykonawców warunki wykonania zamówienia czy jego zakres mogą przystąpić uzasadnione potrzeby zamawiającego (tj. zapewnienie korzystania ze sprawnych, czystych i bezpiecznych urządzeń). Sam fakt, iż przedmiot zamówienia jest podzielny biorąc pod uwagę poszczególne jego elementy składowe, tj. usługi składające się na przedmiot zamówienia oraz jego różny zakres terytorialny, nie oznacza, że podział zamówienia na części będzie uzasadniony pod względem celowości realizacji danego zamówienia jako celu publicznego, rozumianego jako realizacja obiektywnych potrzeb ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, jakiemu

ma służyć wykonanie danego zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tj. z dnia 31 marca 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 741) przez interes publiczny należy rozumieć uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym). Nawet jeśli poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia obiektywnie mogą być zrealizowane w drodze odrębnych umów, nie oznacza to jeszcze, że tak wykonywane umowy zapewnią osiągnięcie interesu publicznego, który zostanie zaspokojony tylko poprzez łączną realizację wszystkich elementów, składających się na przedmiot zamówienia.

Nadmienić należy, że zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Ustawodawca europejski założył więc zasadność udzielenie zamówienia bez podziału na części, z tym jednak, że za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

23. Wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3512/21

Cel wprowadzania ograniczeń z art. 91 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp można ustalić w oparciu o lekturę motywów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r., w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2005/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej). W motywie 79 dyrektywy klasycznej wyjaśniono, że W przypadku podziału zamówienia na części, instytucjom zamawiającym należy, na przykład w celu ochrony konkurencji lub zagwarantowania niezawodności dostaw, zezwolić na ograniczenie liczby części, o które może się ubiegać wykonawca; należy im również zezwolić na ograniczenie liczby części, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi.

Celem regulacji, jak wynika z przytoczonego motywu dyrektywy, jest ochrona konkurencji i zagwarantowanie niezawodności dostaw. Jak słusznie wskazał przystępujący w trakcie rozprawy, instytucja zamawiająca dzieląc przedmiot zamówienia na części i wprowadzając ograniczenia co do możliwości ofertowania lub udzielenia zamówienia w określonej maksymalnej liczbie części zapewnia sobie możliwość kształtowania rynku, zapobiegając jego monopolizacji. Uzyskanie całości kluczowego zamówienia, zwłaszcza w dłuższej perspektywie

czasowej przez jednego wykonawcę, niejednokrotnie oznaczałoby postawienie w trudnej sytuacji pozostałych wykonawców. Po zakończeniu realizacji wieloletniej umowy wykonawcy, który nie uzyskali jakiegokolwiek części zamówienia, mogliby zniknąć z rynku, co prowadziłoby do powstania monopolu. Nie ulegało również wątpliwości, że dla podmiotów z branży odbioru i zagospodarowania odpadów z rejonu X, zamówienia na ww. usługi udzielane przez miasto X posiadały kluczowe znaczenie. Podkreślenia wymagało również, że zamówienie będzie realizowane w długiej perspektywie czasowej, to jest do 30 czerwca 2024 r.

Jak wynika z przywołanego motywu dyrektywy klasycznej, celem przepisów jest także możliwość zminimalizowania ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania usług. Ryzyko to jest mniejsze, gdy odbiór odpadów na terenie miasta realizuje kilku odrębnych wykonawców niż jeden. Trudności ze świadczeniem usługi z przyczyn dotyczących jednego wykonawcy, mogą nie być udziałem innych podmiotów. W tej sytuacji, nawet w razie niewykonania części zamówienia przez jednego wykonawcę, zamawiający ma zagwarantowane, że pozostałe części będą realizowane bez zakłóceń przez pozostałych wykonawców. Biorąc pod uwagę cele przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 3 Pzp zasadnym było przyjęcie, że znajdują zastosowanie do sytuacji, takiej jak w analizowanym postępowaniu, które toczyło się wskutek częściowego unieważnienia poprzedniego postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z miasta X dla siedmiu sektorów.

Art. 99 ust. 1

24. Wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 989/21

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Następnie podkreślenia wymaga, że to zamawiający, jako nabywca zamawianych towarów, usług lub robót, jest uprawniony do określania swoich oczekiwań co do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Nie jest to oczywiście uprawnienie nieograniczone – w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów czy usług, które chce nabyć, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Zatem z jednej strony określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem

postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Okoliczność, że określone postanowienia SWZ uniemożliwiają lub utrudniają niektórym wykonawcom złożenie oferty albo stanowią pewną niedogodność czy zwiększają ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia, nie oznacza sama w sobie niezgodności takich postanowień z ustawą Pzp. O ile wymagania zamawiającego są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami i nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie można ich skutecznie kwestionować w postępowaniu odwoławczym.

25. Wyrok z dnia 30 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1724/21

Generalnie każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż nawet opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 99 ust. 1 pzp zawsze będzie prowadziło do przewagi niektórych spośród potencjalnych wykonawców nad innymi. Niemożliwe jest bowiem określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby umożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku. Wynika to z tego, że zamawiający jest uprawniony i obowiązany do dokonania takiego opisu, który zapewni mu uzyskanie przedmiotu zamówienia zaspokajającego jego potrzeby, a nie do zapewnienia w prowadzonym w tym celu postępowaniu absolutnej konkurencji.

Jednakże potrzeby zamawiającego muszą mieć charakter zobiektywizowany, gdyż tylko wtedy można je uznać za uzasadnione. W zamówieniach publicznych na dostawy przejawia się to w tym, że zamawiający (de facto z wyjątkiem trybu zamówienia z wolnej ręki) nie może wskazać wyłącznie na konkretny produkt, który uważa za najlepiej zaspokajający jego potrzeby, ale jednocześnie nie może wykluczyć (skoro nie stwierdził postaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki), że na rynku funkcjonują inne produkty różnych producentów, które w równym stopniu mogą te potrzeby zaspokajać. W takiej sytuacji niedopuszczenie możliwości zaoferowania tych produktów prowadzi do dyskryminowania wykonawców, gdyż nie jest uzasadnione zobiektywizowanymi potrzebami zamawiającego.

26. Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2380/21

Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Oznacza to, że ustawodawca nie pozostawia w ramach obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia żadnej luki pozwalającej Zamawiającemu na dokonywanie opisu

przedmiotu zamówienia przez przenoszenie na wykonawców takich czynności, które wymagają od wykonawcy samodzielnego uszczegóławiania przedmiotu zamówienia czy też pozyskiwania informacji lub innych niezbędnych dla wykonania zamówienia elementów, które pochodzą od innego podmiotu gospodarczego. Prowadzenie postępowania publicznego, otwartego stanowi możliwość udziału w tym postępowaniu każdemu wykonawcy posiadającemu odpowiednie umiejętności oraz doświadczenie w obrębie tego przedmiotu zamówienia. Jednakże opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który sprowadza się do tego, że to na wykonawcę chcącego brać udział w postępowaniu przenosi się obowiązki pozyskania „stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. X na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia” bezzasadnie ogranicza możliwość złożenia oferty wykonawcom mającym wszelkie kwalifikacje i umiejętności niezbędne do jego wykonania. Należy bowiem podkreślić, że ograniczenia te przejawiają się właśnie w braku informacji, braku wyczerpującego, wszechstronnego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, które to informacje, materiały – w tym przypadku stosowne kody, uprawnienia, licencje, zgody itp. - są niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Podkreśla się w doktrynie, że używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że nie ma możliwości przeniesienia na wykonawców obowiązków Zamawiającego. To Zamawiający obowiązany jest do sporządzenia takiego opisu zamówienia, który będzie stanowił o możliwości złożenia oferty przez wykonawcę. Izba zaznacza, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa ofertę Zamawiającemu i odpowiada na publiczne zaproszenie do jej złożenia – oznacza to, że Zamawiający nie jest w żadne sposób uprawniony do wprowadzania takich postanowień, które będą uzależniały złożenie oferty od działań innego podmiotu gospodarczego. Taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zgodzić należy się z Odwołującym, że brak udostępnienia kodów źródłowych, warunków licencji oraz dokumentacji systemu niezbędnej wykonawcom, brak przekazania tzw. protokołów komunikacji oraz kodów źródłowych pozwalających na modyfikację systemu informatycznego – uniemożliwia sporządzenie oferty, a w konsekwencji realizację zamówienia. potwierdza zarazem jakie brak ma opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

27. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2768/21

W ramach uwag ogólnych skład orzekający wskazuje, że na podstawie art. 99 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem tak, aby możliwe było klarowne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść dokumentacji postępowania winna

stanowić podstawę do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenie oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy. Odnosząc się natomiast do art. 99 ust. 4 p.z.p. należy zaznaczyć, że norma ta dotyczy jednej z głównych zasad związanych z procesem formułowania przedmiotu zamówienia zakazującej opisywania go w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zawarto w niej przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów. Warto także zaznaczyć, że art. 99 ust. 4 p.z.p., w którym ustawodawca posłużył się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia – pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia – nie doszło lub nie może dojść przerzucony zostaje na zamawiającego. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Powyższe nie oznacza jednak całkowitego braku obowiązku wykazania okoliczności, do których referuje hipoteza przepisu – możliwość niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowa, realna i przede wszystkim uprawdopodobniona. Norma zrekonstruowana na podstawie obydwu wskazanych przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, który można obiektywnie uznać za precyzyjny i wyczerpujący, pozwalający potencjalnemu kręgowi wykonawców na właściwe oszacowanie ceny oferty oraz rzeczywistą i miarodajną ocenę swoich możliwości w zakresie podołania wymaganiom stawianym przez zamawiającego. (...)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia Izba wskazuje, że pomimo postawienia zamawiającemu zarzutów wadliwego opisanie postanowień dokumentacji postępowania, które miały naruszać wskazane przez odwołującego przepisy prawa, odwołanie ma charakter postulatów, a nie faktycznych zastrzeżeń w stosunku do czynności zamawiającego. O ile odwołanie od treści SWZ często w praktyce służy do „negocjacji” obowiązków wykonawcy, to nie można tracić ze wzroku, że sprowadzenie środka zaskarżenia do polemiki z zamawiającym, mającej na celu ukształtowanie dokumentacji postępowania w sposób wskazany przez odwołującego, bez faktycznego wykazania, że obecna SWZ narusza przepisy prawa, nie przyniesie pozytywnych efektów. Alternatywny sposób wykonania obowiązków wykonawcy albo subiektywne przekonanie, że dany obowiązek jest uciążliwy dla odwołującego, bez rzeczywistego wykazania naruszenia prawa nie będzie w stanie skutecznie podważyć treści dokumentacji przetargu.

28. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3183/21

Norma omawianego przepisu stanowi zatem wytyczną dla zamawiającego, dająca wykładnię prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Ustawodawca wskazał bowiem, iż opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w taki sposób, aby wykluczyć niejednoznaczność zamawianego towaru lub usługi, a nadto zamawiający winien dołożyć należytej staranności aby dokonany opis był wyczerpujący. Przy czym zamawiający musi posługiwać się określeniami dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi dla potencjalnego wykonawcy. Oczywiście jest, że każdy przedmiot zamówienia dedykowany jest nie dla wszystkich wykonawców, ale dla grupy wykonawców, których przedmiot działalności związany jest z danym przedmiotem zamówienia. Tym samym wykonawca, będący przedsiębiorcą, którego głównym zamierzeniem gospodarczym jest świadczenie usług związanych z przedmiotem zamówienia, musi posiadać określone doświadczenie oraz legitymować się stosownym potencjałem kadrowo-sprzętowym. Okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia nie zawsze wypełnia wolę wykonawcy na określony przez niego sposób świadczenia nie oznacza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem ww. przepisu. Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż zamawiający nie zawsze jest w posiadaniu pełnej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia. Istotne jest, aby posiadaną przez siebie wiedzę podzielił się z wykonawcami w taki sposób, aby mieli oni możliwość prawidłowego skalkulowania oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający taką wiedzą, istotną z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia, podzielił się z wykonawcami, podając zakres posiadanych przez siebie informacji w SWZ i OPZ. Wszelkie drobne informacje, które pozostają bez wpływu na prawidłowość oceny czynności zamawiającego, pozostają w gestii wykonawcy, który mając takie narzędzia jak choćby wycenę ryzyka i odpowiednie wkalkulowanie go w cenę oferty, mogą prawidłowo zidentyfikować przedmiot zamówienia.

29. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3233/21

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie został ukształtowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz preferował dotychczasowego wykonawcę usług objętych zamówieniem. Za nieprzekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego dotyczącą braku potrzeby przekazania przyszłemu wykonawcy zamówienia wykazu adresów, z których odbierane będą odpady. W ocenie Izby informacja w powyższym zakresie ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego opisanie przedmiotu zamówieniu, w tym właściwego ustalenia czy dana nieruchomość jest zamieszкана, czy jej właściciel złożył stosowną deklarację, czy pod danym adresem jest jedno czy kilka gospodarstw domowych, przekładającego się na prawidłową realizację niniejszego zamówienia i jednocześnie zadowolenie społeczności lokalnej. Zdaniem Izby Zamawiający, który posiada wszelkie możliwe dane w ww. zakresie w sposób nieuzasadniony przerzucił na wykonawcę ryzyko związane z prawidłowym ustaleniem wykazu adresów, z których mają być odbierane odpady, a w konsekwencji ryzyko opóźnień w rozpoczęciu świadczenia usługi, podczas gdy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz niedyskryminacyjny jest podstawowym zadaniem

Zamawiającego. Ponadto jak wykazał Odwołujący nie polegało na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, że harmonogram odbioru odpadów opracowany jest dla poszczególnych ulic, ewentualnie całych mniejszych miejscowości. Ze złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej Zamawiającego wynika, że harmonogram odbioru odpadów ustalany jest dla miejscowości, ulicy i nr domu.

30. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3330/21

Izba uznała, że przewidziane przez zamawiającego rozwiązanie dotyczące elementów wzorcowych jest sprzeczne z podstawowymi założeniami dotyczącymi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, przewiduje *de facto* złożenie przez wykonawcę więcej niż jednej oferty wbrew regulacji art. 218 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Po drugie ujawnienie treści tych ofert i dokonanie przez zamawiającego ostatecznego wyboru (*drugi wybór*) następuje nie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, lecz już na etapie realizacji umowy. Po trzecie, dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej na etapie postępowania (*pierwszy wybór*) następuje na podstawie kryterium oceny ofert (*cena*), które może nie odnosić się do treści oferty wykonawcy, która będzie stanowić ostateczny wybór zamawiającego: gdy wykonawca ustali cenę biorąc pod uwagę wariant najdroższy, a zamawiający ostatecznie wybierze wariant najtańszy. Może to doprowadzić do sytuacji, w której zostanie wybrana oferta, która w rzeczywistości nie będzie ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 ustawy Pzp (najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem). Niezależnie od kwestii niezgodności z przepisami ustawy Pzp takie rozwiązanie może być dla zamawiającego niekorzystne z punktu widzenia ekonomicznego. Po czwarte, zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie zostały spełnione, skoro niektóre wymagania zamawiającego co do kolorystyki, funkcjonalności, rodzaju bądź typu urządzenia, a także inne w ogóle obecnie niewskazane, zostaną przez zamawiającego sprecyzowane dopiero na etapie realizacji zamówienia przy dokonaniu ostatecznego wyboru (pkt 1.13 Załącznika nr 6 do SWZ).

Art. 99 ust. 4

31. Wyrok z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1172/21

(...) Izba stwierdziła, że istotne w niniejszej sprawie jest to, że Zamawiający określił swoje wymagania według własnych potrzeb do czego jest uprawniony. Jeśli powyższe zapisy (dotyczące opisu przedmiotu zamówienia) nie naruszają zasady uczciwej konkurencji - co w tym postępowaniu odwoławczym nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione - Zamawiający uprawniony jest do określenia swoich wymagań według własnego uznania.

Owszem opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji co wynika z przepisu art. 99 ust. 4 Pzp jednak stwierdzić należy, iż nie jest tak, iż Zamawiający w każdym przypadku ma otrzymać dokładnie to co wskazuje wykonawca, gdyż Zamawiający jako dysponent postępowania decyduje wobec prowadzonego postępowania co ma być przedmiotem zamówienia - z zastrzeżeniem oczywiście, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Odwołujący formułując zarzuty odwołania zdawał się narzucać Zamawiającemu produkty, które w jego opinii wykonawcy lepsze, właściwsze, czy też bardziej skuteczne wobec celu jaki ma osiągnąć Zamawiający. (...) W świetle Pzp, istotne jest jednak uprawdopodobnienie ograniczenia konkurencji - nie zaś wskazanie na lepsze, skuteczniejsze działanie oferowanego produktu. Zatem - wobec nieuprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji oraz wobec uzasadnienia przez Zamawiającego swoich potrzeb i oczekiwań Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do opisanego przedmiotu zamówienia we wskazany przez siebie sposób, ponieważ jako podmiot profesjonalnie świadczący usługi medyczne, zna doskonale wszelkie zagrożenia epidemiczne występujące w prowadzonym przez niego szpitalu i sporządzając opis dąży do zakupu produktów zapewniających bezpieczeństwo zarówno personelu jak i pacjentów.

32. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1951/21

Zgodnie z art. 99 ust. 4 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przypomnieć należy, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Jeśli nieuchronne ograniczenie konkurencji wynikające z precyzyjnego opisu swoich wymagań przez zamawiającego będzie uzasadnione zasady udzielania zamówień publicznych nie doznają uszczerbku. Każde wymagań zamawiającego w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.

Art 99 ust. 5

33. Wyrok z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21

W orzecznictwie Izby i sądów powszechnych ugruntował się pogląd, że dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia przez zamawiającego parametrów równoważności, w oparciu o które zostanie dokonana ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia i aby prawidłowo zastosować art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 p.z.p. niezbędnym jest jednoznaczne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Niezależnie od tego, o ile obowiązek sprecyzowania oczekiwań co do przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym, to nie można tracić z pola widzenia, że w interesie wykonawcy oferującego przedmiot równoważny do referencyjnego będzie zadbanie o taką treść SWZ, by na jej podstawie mógł on bez przeszkód wykazać wymagane parametry – bez ryzyka odrzucenia oferty z uwagi na dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. – niezależnie, czy wykonawcy subiektywnie wydaje się, że jego przedmiot jest równoważny lub nawet lepszy od wzorcowego. Stąd tak istotnym jest, aby na etapie przed złożeniem oferty (kiedy wykonawca ma realny wpływ na kształt dokumentacji postępowania, np. poprzez zadawanie pytań zamawiającemu czy zaskarżenie jej treści) domagać się właściwego określenia parametrów równoważności, ponieważ to na wykonawcy składającym ofertę zawierającą rozwiązanie równoważne spoczywa ciężar wykazania w niej spełnienia kryteriów równoważności. (...)

Na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma możliwości rewidowania postanowień dokumentacji przetargu – uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza, są związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobem spełniania wymagań zamawiającego zamieszczonym w warunkach zamówienia, w tym co relewantne opisem równoważności zamawianego produktu. Uznanie danego urządzenia za równoważne nie odbywa się w zakresie jakichś ogólnych cech lub swobodnych założeń wykonawcy, które w jego ocenie umożliwiają uznanie jego oferty za porównywalną czy korzystniejszą, a wyłącznie w ramach parametrów równoważności wskazanych w SWZ. (...)

W konsekwencji powyższego wykonawcy powinni rozważyć przygotować się do oferowania rozwiązań równoważnych, gdyż to na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek dowodowy w postaci wykazania, że oferowany przez niego produkt odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego. Zaś etapem, na którym należy sprostać temu obowiązkowi, jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie odwoławcze przez Izbę, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, ma charakter weryfikacyjny – bada się, czy prawidłowo dokonano czynności w przetargu, więc nie może być wykorzystane do tego, by dopiero na tym etapie próbować wykazywać, że oferta spełnia kryteria równoważności.

Art. 99 ust. 6

34. Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2380/21

W ocenie Izby Zamawiający nie dokonał „opisu kryteriów równoważności” - kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Wskazane przez Zamawiającego w piśmie procesowym oraz prezentowane na rozprawie stanowisko potwierdza brak wskazania takiego opisu kryteriów równorzędności. Wynika to chociażby z faktu, że Zamawiający zdaje się uznać za rozwiązanie równoważne posiadające opisane przez Zamawiającego funkcjonalności także zaoferowanie rozwiązania „które zastąpi System obecnie funkcjonujący u Zamawiającego” (pismo procesowe strona 3). W trakcie rozprawy złożono bowiem oświadczenie, że z dokumentacji, (...) wynika, że złożenie oferty równoważnej, tj. zaoferowanie nowego systemu uzasadniająco to tym – „bo jakby można rozumieć inaczej złożenie oferty równoważnej”. Tak prezentowane stanowisko Zamawiającego potwierdza, że brak jest jakiegokolwiek sprecyzowania opisu kryteriów równoważności w SWZ (przepis art. 99 ust. 6 - kryteria stosowane w celu oceny równoważności). Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji nie odnosi się do takiego wskazania. Zamawiający nie odwołał się w powyższym zakresie do żadnego z punktów w Opisie przedmiotu zamówienia, w tym do punktu 4.7.6. Z regulacji zawartych punkcie 4.7.6.1 wynika, że „każde rozwiązanie równoważne (...) musi zapewnić całkowitą zgodność z rozwiązaniami wykorzystywanymi w posiadanym przez Zamawiającego Systemie”. Zamawiający nie jest jednoznaczny co do samego wskazania na czym ma polegać owa równoważność oferowanej usługi, bowiem wskazuje na to posługiwanie się sformułowaniem „System” (...).

W ocenie Izby nie można za „opis kryteriów równoważności” uznać wskazania Zamawiającego zawartego w pkt 4.7.6.4 opisu przedmiotu zamówienia *Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym SWZ*. Takie wskazanie opisu kryteriów równoważności co najwyżej można uznać za wskazanie pozorne, bowiem odniesienie się do bliżej niezidentyfikowanych „rozwiązań” zawartych w SWZ nie stanowi kryteriów poddających się weryfikacji. Jednocześnie stwarza takie niebezpieczeństwo, że „produkt” równoważny będzie postrzegany jako „produkt” identyczny.

Art. 105 ust. 4

35. Wyrok z dnia 7 września 2021 r., sygn. akt KIO 1973/21

Nie można przy tym uznać złożonego oświadczenia producenta za dokument równoważny ww. certyfikatowi. Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający akceptuje inne niż wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, m.in. pod warunkiem, że dany wykonawca nie ma dostępu do wymaganych przedmiotowych środków dowodowych i nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim

terminie. W przedmiotowej sprawie istotą problemu nie jest to, że odwołujący nie ma dostępu do certyfikatu lub nie ma możliwości jego uzyskania w odpowiednim terminie. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedłożył bowiem wymagany certyfikat. Problem tkwi w tym, że odwołujący nie przedłożył dla certyfikatu tłumaczenia na język polski. Oświadczenie producenta nie może być uznane za dokument równoważny, bo nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 105 ust. 4 ustawy Pzp.

Art. 107 ust. 2

36. Wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3522/21

Mając na względzie obowiązujące regulacje prawne należy stwierdzić, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą), o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia, ustawa Pzp bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot dostawy odpowiada wymaganiom przedmiotu zamówienia. Mają one dotyczyć zatem produktu, który jest przedmiotem oferty i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju dokumenty mogą być uzupełniane, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takim uzupełnieniem podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczną treść oferty – czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niekiedy może mieć miejsce sytuacja, że sam formularz ofertowy nie zawiera odpowiedniego miejsca do wskazania informacji o oferowanym produkcie (np. jego nazwy, modelu, producenta), a ich konkretyzacja następuje w innych składanych wraz z ofertą dokumentach.

Art. 108 ust. 1 pkt 5

37. Wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt KIO 2378/21

Przedstawiając w pierwszej kolejności rozważania natury ogólnej należy wskazać, iż pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wyklądać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako „u.o.k.k.”). Zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między

przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są m.in. porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7). Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa Pzp ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego.

Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18, zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo.

Ponadto wskazać należy, że dla wykazania zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych - jako zakazanych z mocy u.o.k.k. - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zmowy powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy,

albowiem w przypadku zmowy przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Dlatego też, w sytuacji braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania.

Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, przejawem takiego porozumienia mogą być przykładowo: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. m.in. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16, W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002).

UOKIK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam adres, więzy rodzinne czy nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za znową przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w znowie. (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe”, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013).

W ocenie Izby tego rodzaju symptomy zмовы przetargowej miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia na (...), a wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie, przyznaną przez Przystępującego, było istnienie pomiędzy panią X (Przystępującym) a panem Y (członkiem zarządu Z – okoliczność potwierdzona informacją z KRS) stosunku powinowactwa: pan Y jest bratem męża pani X, jej szwagrem. Z kolei pozostałych członków zarządu Z wiązą z panem Y więzy pokrewieństwa (...), co Przystępujący również przyznał na rozprawie. Oba ww. podmioty prowadzą działalność gospodarczą w bliskiej lokalizacji – Przystępujący w (...), Z w (...). Bezsporny był też fakt, że ww. podmioty prowadzą tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą - przewóz osób. Ponadto jak wynika z przedstawionego przez Odwołującego wydruku ze strony internetowej Przystępujący i Z współpracują w ramach grupy podmiotów trudniących się przewozem osób o nazwie (...). Fakt współpracy pomiędzy podmiotami potwierdził również Przystępujący, składając dowody w postaci faktur wystawianych przez Przystępującego za korzystanie przez Z z pojazdów Przystępującego. Jakkolwiek nie jest zabronione działanie na jednym rynku podmiotów powiązanych osobowo czy gospodarczo, to powyższe okoliczności wskazują na istnienie prawdopodobieństwa wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji.

Takimi dodatkowymi okolicznościami w przedmiotowej sprawie było zachowanie Przystępującego i Z w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zauważyć należy, że w obu częściach zamówienia oferty ww. podmiotów zajmowały pierwsze dwa miejsca w rankingu ofert – w części I korzystniejsza była oferta Z, a w części II oferta Przystępującego. Na skutek wyłączności działań i zaniechań tych podmiotów, Zamawiający w obu częściach zamówienia zmuszony został do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w rankingu, którą odpowiednio w części I była oferta Przystępującego, a w części II oferta Z.

Analizując przebieg zdarzeń w części I zamówienia Izba stwierdziła, iż nie znajduje racjonalnego wytłumaczenia działanie wykonawcy Z, który składał na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe w oderwaniu od treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.2 SWZ, jak i w oderwaniu od treści wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że przedmiotowy warunek dotyczył konieczności dysponowania przez wykonawcę „co najmniej 3 autokarami z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008 rok.” Warunek ten był czytelny i jednoznaczny – należało wykazać się dysponowaniem trzema autokarami z datą produkcji nie starszą niż 1 stycznia 2008 r. Tymczasem wykonawca Z w wykazie narzędzi i urządzeń wskazał jedynie dwa a nie trzy pojazdy, do tego z datą produkcji wcześniejszą niż 2008 rok. (konkretnie były to pojazdy z 2003 r.). Wykonawca, będący wszak profesjonalistą, niewątpliwie miał świadomość, że tak złożony podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełnienia ww.

warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do wykonawcy Z w dniu 20 lipca 2021 r. Zamawiający wprost wskazał na wymagania wynikające z treści warunku i na braki w wykazie złożonym przez wykonawcę, a pomimo tego wykonawca braków tych nie uzupełnił dodając do wykazu jedynie kolejny, trzeci pojazd z datą produkcji starszą niż rok 2008 (tj. pojazd z 2004 r.). Tak elementarne nieprawidłowości w wykazie narzędzi i urządzeń wskazują, iż działanie to miało charakter pozorny i miało doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, wykonawca Z jako podmiot profesjonalny musiał bowiem zdawać sobie sprawę z tego, jakie wymagania ustalono w warunku udziału w postępowaniu i jak należy wykazać ich spełnienie, tym bardziej, że Zamawiający w treści wezwania dokładnie mu to wytłumaczył.

W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składał podmiotowe środki dowodowe całkowicie nieodpowiadające wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że opis tego warunku, jak i podmiotowych środków dowodowych, jakie należało złożyć celem wykazania jego spełnienia, był w przedmiotowym przypadku jednoznaczny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości. Zauważyć należy, że Z na tym etapie postępowania miał już świadomość, że drugą w kolejności w części I zamówienia jest oferta Przystępującego, jak i zdawał sobie sprawę, że przedstawienie nieprawidłowych podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie Z z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty Przystępującego.

Z kolei w zakresie części II zamówienia mamy do czynienia z sytuacją analogiczną, tyle, że w tym przypadku to Przystępujący, którego oferta wedle zestawienia ofert byłaby najkorzystniejsza, podjął działania, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty z postępowania oraz wyboru przez Zamawiającego oferty droższej, drugiej w kolejności, czyli oferty Z. W ocenie Izby za trudne do wytłumaczenia w sposób racjonalny należy uznać także działanie Przystępującego, który mając świadomość, że jego oferta jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozacenowych kryteriów oceny ofert mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, podejmuje decyzję o niezłożeniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i rezygnacji z przetargu, doprowadzając tym samym do odrzucenia jego oferty. Za niewiarygodne Izba uznała wskazane przez ww. wykonawcę uzasadnienie dla podjętego działania, tj. rzekomą złą kalkulację ceny i pominięcie kosztów paliwa. Trudno uznać, aby profesjonalny wykonawca zajmujący się zawodowo przewozem osób, składając ofertę w postępowaniu, którego przedmiotem jest dowóz dzieci do szkół, nie uwzględnił podczas wyceny kosztów paliwa, czyli jednego z najbardziej istotnych składników cenotwórczych w tego rodzaju usługach. Świadoma rezygnacja z uzyskania zamówienia przez Przystępującego może być trudna do zrozumienia także z perspektywy aktualnie panujących warunków rynkowych, kiedy to w obliczu istnienia stanu epidemii sytuacja wielu przedsiębiorstw, w tym także tych zajmujących się przewozem osób, pogorszyła się.

Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala zdaniem Izby na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Przystępujący oraz wykonawca Z zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający w części I i II zamówienia, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę (tj. odpowiednio w części I oferty Z, a w części II oferty Przystępującego), lecz w każdej z tych części zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert (odpowiednio w części I zamówienia oferty Przystępującego, a w części II zamówienia oferty Z). Przy czym wyjaśnić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba nie dokonuje oceny działań Zamawiającego pod kątem naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie części II zamówienia, to cała dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, również ta dotycząca części II, stanowi materiał dowodowy w sprawie, który wskazuje na istnienie wiarygodnych przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zawarcia porozumienia w celu zakłócenia konkurencji.

Zasadność wyprowadzenia powyższego wniosku potwierdza także dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Gminę (...) na dowód uczniów do (...). W ww. postępowaniu doszło do podobnej jak obecnie sytuacji, w której oferta Z została wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia, wobec braku przedstawienia wymaganych dokumentów przez Przystępującego, którego oferta była korzystniejsza i wykluczenia go z postępowania. Ponadto Izba miała na uwadze, że Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił żadnego wiarygodnego wytłumaczenia, które mogłoby usprawiedliwiać działanie obu podmiotów i wskazywać, że brak przedstawienia podmiotowych środków dowodowych przez Z i wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Przystępującego był efektem innych okoliczności niż zawarcie porozumienia mającego na celu doprowadzenie do wyboru przez Zamawiającego tej z ofert wykonawców działających w porozumieniu, która była droższa.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2213/17, stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Zdaniem składu orzekającego znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, by taki stan rzeczy, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń i by Przystępujący oraz wykonawca Z zachowywali się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Wnosząc na podstawie faktów, jakie

wynikają z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jedynym logicznym i racjonalnym wnioskiem jest stwierdzenie, iż obaj przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz ich zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, aby doprowadzić do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty droższej drugiego z podmiotów, czyli oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego ekonomicznie poprzez podjęcie w postępowaniu działań zmierzających do wyeliminowania oferty korzystniejszej cenowo w każdej z części zamówienia. W oparciu o materiał dowodowy, ale też zasady logiki i doświadczenia życiowego, zachowania obu wykonawców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego działania.

38. Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21

Definiując „porozumienie” doktryna wskazuje, że jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Doktryna uznaje szerokie rozumienie „porozumień”, które obejmuje zakresem także uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień. Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy. Podkreślić należy także, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 UOKiK nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

Odnosząc się do porozumienia przetargowego, o którym stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK to niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności: zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert; antykonkurencyjnego charakteru porozumienia; braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 UOKiK.

Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją.

W sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zмовы przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zмовы przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

(...) W ocenie Izby, okoliczność iż X i Y polegają wzajemnie na zasobach i podwykonawstwie celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też przyznania punktów w kryterium nie świadczy jeszcze o zawarciu przez nich niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Nie każde porozumienie może zostać uznane za zakłócające konkurencję w postępowaniu. Zawarcie umowy podwykonawczej z innym wykonawcą, który złożył w postępowaniu ofertę nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że celem i skutkiem takiego działania było zakłócenie konkurencji. Przesłanki zawarcia niedozwolonego porozumienia muszą być wiarygodne. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonywanie części zamówienia w ramach podwykonawstwa spowodowało możliwość zaoferowania niższej cenowo oferty, szczególnie że jak już zostało wskazane, faktyczne wykonanie zamówienia przez te osoby nie zostało skutecznie podważone.

Art. 108 ust. 1 pkt 6

39. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21

Przede wszystkim podkreślić należy, że okoliczność, iż wykonawca X wykonał pewien zakres dokumentacji (programu funkcjonalno – użytkowego) wytworzonej w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, a która decyzją Zamawiającego została wykorzystana w niniejszym postępowaniu nie przesądza *a priori*, że X był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania. Takiej okoliczności nie dostrzegł zresztą

sam Zamawiający, który w protokole postępowania nie wskazał środków mających na celu zapobieżeniu zakłóceniu uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 4 protokołu). Dalej wskazać należy, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia są usługi polegające na pełnieniu obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego. Z kolei jak wynika z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Tym samym program funkcjonalno – użytkowy stanowi opis przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych, a nie usług. Zdaniem składu orzekającego słusznie argumentował Przystępujący, że przekazanie przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia dokumentacji wytworzonej przez X na potrzeby innego postępowania nie oznacza automatycznego zaangażowania X w przygotowanie przedmiotowego zamówienia. Inaczej rzecz biorąc, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie można stwierdzić, że stworzony przez X program funkcjonalno – użytkowy powstał w celu przygotowania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia na usługi Inżyniera Kontraktu, co przekłada się na brak podstaw do uznania, iż Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie tego postępowania. Niezależnie od powyższego dodać należy, że jak wynika z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania po stronie zamawiającego leży obowiązek zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie zrealizował powyższego obowiązku. Poinformowanie X o wpływie pisma Odwołującego z dnia 9 września 2021 r. połączone z prośbą o ustosunkowanie się do treści zarzutów w nim zawartych nie oznacza, że Zamawiający zrealizował spoczywające na nim obowiązki ustawowe i wezwał Wykonawcę w trybie określonym w ustawie Pzp do możliwości udowodnienia, że zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaktualizowała się przesłanka wykluczenia X z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Art. 109 ust. 1 pkt 5

40. Wyrok z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3672/21

Należy podkreślić, że poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z jakąkolwiek nieprawidłowością w wykonaniu zamówienia, za którą odpowiada wykonawca i która spowodowała rozwiązanie wcześniejszej umowy. Jak wskazał ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej, chodzi bowiem przykładowo o niewykonanie zamówienia, znaczące wady

świadczonych usług, które spowodowały jej nieprzydatność lub niewłaściwe zachowanie wykonawcy poddające w poważną wątpliwość jego wiarygodność. Drobne uchybienia w wykonaniu umowy, nie powtarzające się wielokrotnie, trwające przez krótki czas, nie powinny być uznawane za naruszenie o charakterze poważnym i nie powinny być automatycznie traktowane jako podważające uczciwość wykonawcy. Podobnie należy ocenić przesłankę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań w znacznym stopniu lub zakresie, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Również w tym przypadku nie chodzi o jakiegokolwiek uchybienie wykonawcy w wykonaniu umowy, ale stosownie do wskazań zawartych w motywie 101 dyrektywy klasycznej – o znaczące wady świadczonej usługi. Nie można także nie wspomnieć o obowiązującej zasadzie proporcjonalności, na którą słusznie zwrócił uwagę odwołujący, a także ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej. W świetle ww. zasady, nie jest zasadne wykluczanie wykonawcy z powodu drobnych, krótkotrwałych, nie powtarzających się wielokrotnie uchybień.

Jak wskazano już wyżej, w opóźnieniu zbiórki odpadów przez dwa dni w ciągu ok. 6 miesięcy, Izba nie dopatrzyła się ani poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, ani długotrwałego nienależytego wykonania zamówienia w znaczącym stopniu lub zakresie, ani zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podobnie brak dostarczenia worków do jednego gospodarstwa domowego spośród co najmniej setek, nie stanowi, w ocenie Izby, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, ani nienależytego wykonania zamówienia w znaczącym stopniu lub zakresie.

Art. 109 ust. 1 pkt 7

41. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21

Ustawodawca wskazał w tej normie klauzule generalne, tak aby wykonawcy nie byli wykluczani z postępowania z powodów błahych. Oznacza to konieczność każdorazowego zbadania jakiej części zamówienia nie wykonano w korelacji z brzmieniem umowy, którą rozwiązano w powiązaniu z istotną potrzebą zakupową zamawiającego, która miała zostać spełniona. Nie można bowiem w oderwaniu od okoliczności konkretnego stosunku obligacyjnego stwierdzić, że dany procent niewykonania umowy, czy dana ilość niedostarczonych urządzeń, powoduje uznanie wykonawcę za nierzetelnego kontrahenta i konieczność eliminacji z innych postępowań. Gdyby tak mogło być, to ustawodawca wskazałby taki poziom w omawianych przepisach, a nie obligował badających zdolność podmiotową zamawiających do dokonania oceny czy problem z wcześniejszą umową dotyczył znaczącego stopnia lub znaczącego zakresu istotnego zobowiązania. Tutaj nie ma mowy o żadnym automatyzmie, ponieważ relewantna jest waga niezrealizowanej części zamówienia, postrzegana z perspektywy podmiotu, na rzecz którego miała zostać wykonana dostawa, czego w odwołaniu zabrakło.

42. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska Odwołującego, jakoby kara umowna nie mieściła się w katalogu sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a Zamawiający dokonać miał w tym zakresie wykładni rozszerzającej omawianego przepisu. Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie/długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.U.E.L Nr 94, str. 65), w którym mowa jest o doprowadzeniu do „wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”. Analizując relację art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp do art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej można wywieść wniosek, że ustawodawca krajowy doprecyzował pojęcie „innych porównywalnych sankcji” użyte w Dyrektywie klasycznej poprzez wskazanie na wykonanie zastępcze oraz uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Za nieprawidłowy jednak Izba uznała wywiedziony przez Odwołującego na tym gruncie wniosek, że taka konstrukcja art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powoduje brak możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy z tytułu nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego naliczono mu kary umowne. W ww. przepisie jest mowa o odszkodowaniu, którego nie można zawęzić wyłącznie - jak czyni to Odwołujący - do „odszkodowania *sensu stricto*”, rozumianego jako tradycyjne odszkodowanie uzyskane w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w Kodeksie cywilnym (art. 471 i n.). W ocenie składu orzekającego w pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 Kodeksu cywilnego. Nieuzasadnione byłoby różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono kare umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie art. 471 Kodeksu cywilnego w sądowym lub pozasądowym trybie.

43. Wyrok z dnia 20 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3298/21, KIO 3307/21

Natomiast Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego X z uwagi na ziszczenie się przesłanki o której mowa

w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Przesłanka ta dotyczy w ocenie Izby sytuacji podlegających każdorazowej ocenie. Innymi słowy nie ma jednej słusznej miary według której należy stosować omawiany przepis, należy dokonywać oceny okoliczności danego przypadku. W takich sytuacjach zasadnym jest wcześniejsze wszechstronne zbadanie sprawy przez Zamawiającego w celu ustalenia czy możemy mówić o wystąpieniu „przyczyn leżących po jego (tj. wykonawcy – przyp. Izby) stronie”. W tym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny stanu sprawy dysponując tylko stanowiskiem Gminy Y będącej zamawiającym w postępowaniu, w którym miało zdarzenie wiążące się z zakończeniem umowy przed czasem. Zdaniem Izby dla właściwej oceny czy zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp zasadne, celowe i niezbędne jest wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień (*selfcleaning*) w oparciu o które powinna zostać podjęta decyzja o zastosowaniu omawianej podstawy wykluczenia. Powyższe nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie z uwagi na zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w treści formularza JEDZ w odpowiedzi na ww. pytanie, jednak w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy wykluczenie Odwołującego X na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest zbyt daleko idące.

Art. 109 ust. 1 pkt 8

44. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3315/21

Istota sporu pomiędzy Stronami sprowadzała się w pierwszej kolejności do odpowiedzi na pytanie czy wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 uprzednio obowiązującej ustawy pzp, w postępowaniu prowadzonym przez X nastąpiło na okres 2 lat, zgodnie z art. 111 pkt 5 obecnie obowiązującej ustawy. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Zauważyć należy, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się do konieczności nałożenia na Przystępującego sankcji, która nie obowiązywała w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Izby, taka wykładnia przepisów prowadziła by wprost do naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz. W myśl tej zasady niedopuszczalne jest stosowanie do określonych deliktów sankcji nieobowiązującej w dacie ich popełnienia. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 19 listopada 2021 r. w sprawach połączonych: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21 (...) Niezasadne są ponadto twierdzenia Odwołującego, iż w dacie zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia treść nowej ustawy pzp była już znana, w związku z tym sankcja wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy pzp z 2019 r. powinna mieć zastosowanie. Oczywistym jest, że obecnie obowiązująca ustawa weszła w życie od dnia 1 stycznia 2021 r. i dopiero od tej daty zaistnienie zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy pzp z 2019 r., mogłoby odnieść swój skutek również na przyszłość w myśl art. 111 pkt 5 ustawy pzp, czyli na okres dwóch lat. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że wykonawca będąc świadomym ewentualnych negatywnych skutków wykluczenia rozciągających się na

przyszłość, pozostający w przekonaniu o niezasadności wykluczenia mógłby decyzję zamawiającego kwestionować, chociażby poprzez złożenie środka ochrony prawnej. Skoro zatem poprzednio obowiązująca ustawa nie przewidywała sankcji wykluczenia na przyszłość, a jedynie skutki celowego wprowadzenia w błąd dotyczyły konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to Przystępujący w niniejszym postępowaniu złożył oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp w tym zakresie zgodne z prawdą, iż nie podlega wykluczeniu.

Art. 109 ust. 1 pkt 10

45. Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2528/21

Ponieważ analogiczną regulację jak art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp zawierał art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp z 2004 r., w pełni adekwatny pozostaje wypracowany na tle jego stosowania dorobek doktryny i orzecznictwa.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonej w art. 57 ust. 4 lit. h (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstawy wykluczenia w sytuacji, jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

Podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujące, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi –

w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Przy czym z brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje istotną informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękojmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

46. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3315/21

Odnosząc się do przywołanego przez Odwołującego postępowania prowadzonego przez X, w ramach którego zamawiający dokonał weryfikacji informacji przekazanych przez Przystępującego, w wyniku której przyznano mu 0 pkt w kryterium jakości, co powinno w ocenie Odwołującego, skutkować wykluczeniem Przystępującego w kolejnych postępowaniach na podstawie art. 111 pkt 6 ustawy pzp, Izba wskazuje, że twierdzenia te są chybione. Niewątpliwie, postępowanie było prowadzone na gruncie nowej ustawy pzp, niemniej jednak jak wynika ze złożonych dowodów, w postępowaniu tym zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, co jest znamienne dla rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie. Zauważenia wymaga, że norma art. 111 pkt 6 ustawy pzp wskazuje, że wykluczenie następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis odnosi się do uregulowania

dotyczącego wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Z powyższego wynika zatem, że aby sankcja wykluczenia odniosła skutek na przyszłość to w danym postępowaniu zamawiający musi dokonać czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Z ustalonego stanu faktycznego bezsprzecznie wynika, że Przystępujący nie został wykluczony z postępowania na podstawie przywołanego przepisu, a okoliczności przywołane przez Odwołującego, skutkowały wyłącznie przyznaniem Przystępującemu 0 pkt w kryterium jakość. Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, jako przesłanka fakultatywna wykluczenia, jak zresztą wskazywał Odwołujący, nie została przewidziana w postępowaniu prowadzonym przez X w dokumentacji zamówienia. Dlatego też uznać należało, że Przystępujący prawidłowo oświadczył w niniejszym postępowaniu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Art. 109 ust. 3

47. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21

Następnie Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że w przepisie tym mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby taka właśnie sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie, nie przedstawił również w odwołaniu szerszej argumentacji w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego charakter i zakres niedopełnienia obowiązków umownych przez wykonawcę X powoduje, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jako wykonawcy niedającego rękojmi należytego wykonania zamówienia a podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty nie naruszała zasady proporcjonalności.

Art. 110 ust. 3

48. Wyrok z dnia 8 września 2021 r., sygn. akt KIO 1935/21

(...) wykonawca wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, nie podlega wykluczeniu gdy łącznie podejmie działania określone art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej, w powyższym zakresie wykonawca nie może poprzestać na własnym oświadczeniu, bowiem jak wynika wprost z treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, po stronie wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia samooczyszczenia. Rolą zamawiającego jest natomiast ocena, czy podjęte przez wykonawcę w ramach procedury tzw. self – cleaningu środki naprawcze potwierdzają jego rzetelność, przy czym zamawiający powinien uwzględnić wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Innymi słowy zadaniem zamawiającego nie jest bezrefleksyjne przyjęcie oświadczenia wykonawcy w przedmiocie samooczyszczenia, lecz jego rzetelna weryfikacja i ocena, czy wdrożone przez wykonawcę mechanizmy są adekwatne do popełnionych

naruszeń oraz skuteczne, a przez to gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić przy tym trzeba, iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, co też wyklucza jakikolwiek automatyzm po stronie zamawiającego.

49. Wyrok z dnia 22 października 2021 r., sygn. akt KIO 2916/21

Należy jednak zauważyć, że mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli skutecznie dokona samooczyszczenia. Na uwagę zasługuje w tym wypadku wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.08.2021 r. o sygn. akt KIO 1922/21, zachowujący aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, w którym wskazano m.in.: *„Izba podziela pogląd, zgodnie z którym możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, powinna być stosowana wstrzeźliwie, w szczególności uzasadnionych przypadkach (vide przykładowo: wyroki w sprawach KIO 1747/18 i KIO 1319/21). Pogląd ten znajduje oparcie w konstatacji, że złożenie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jest – co do zasady – działaniem negatywnie wpływającym na uczciwe konkurowanie o zamówienie publiczne oraz stwarzającym zagrożenie dla należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak, że zastosowanie instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który złożył informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, jest wyłączone a limine. Przywołany art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje bowiem wprost art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jako podstawę wykluczenia, wobec której ustawodawca dopuszcza możliwość przedstawienia przez wykonawcę stosownych dowodów podjęcia działań naprawczych. Ostrożne korzystanie z instytucji samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego, oznacza zatem przede wszystkim skrupulatną ocenę przedstawionych przez wykonawcę środków naprawczych w odniesieniu do wagi i okoliczności czynu wykonawcy. O możliwości realnego skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstwa samooczyszczenia decydują zatem okoliczności danej sprawy”*.

W niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał oceny działań podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia wskazując, że po pierwsze, aby samooczyszczenie wykonawcy mogło zostać ocenione, musi on przyznać, że „popęłnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie”, a po drugie, że procedura samooczyszczenia wykonawcy musi zostać podjęta przed wykryciem przez zamawiającego, że wykonawca przedstawił informacje nieprawdziwe. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, należy stwierdzić, co następuje.

Odwołujący pismem z dnia 14.09.2021 r. z własnej inicjatywy zawiadomił zamawiającego o tym, że wskazane doświadczenie kierownika budowy jest niewłaściwe, gdyż na skutek błędu osoby przygotowującej i składającej ofertę w przedmiotowym postępowaniu,

odwołujący przekazał nieprawidłowo zapisaną „wersję roboczą” wykazu osób. Do ww. pisma odwołujący załączył też nowy wykaz osób, w którym wskazał innego kierownika budowy i inne inwestycje potwierdzające jego doświadczenie, a ponadto załączył oświadczenie pracownika podpisującego poprzedni wykaz osób, w którym pracownik ten wyjaśnił popełnioną przez siebie omyłkę. Tym samym odwołujący nie kwestionował popełnionego przez siebie błędu i tego, że pierwotnie wskazane doświadczenie kierownika budowy nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Co więcej, sam z własnej inicjatywy zawiadomił zamawiającego o tym fakcie. Powyższe dowodzi, że odwołujący przyznaje się do podania informacji nieprawdziwych.

Nie można przy tym zgodzić się z zamawiającym, że o braku przyznania się do popełnienia deliktu świadczy to, że odwołujący w odwołaniu kwestionuje przesłankę wprowadzenia zamawiającego w błąd wynikającą z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że ani w piśmie z dnia 14.09.2021 r., ani w piśmie z dnia 17.09.2021 r. odwołujący nie kwestionował, że wprowadził zamawiającego w błąd. Tymczasem to te pisma oraz treść złożonego pierwotnie wykazu osób były podstawą podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Odwołujący kwestionuje przesłankę wprowadzenia zamawiającego w błąd dopiero w postępowaniu odwoławczym, co stanowi, jak należy przypuszczać, jego strategię procesową nakierowaną na obronę swoich interesów przy wykorzystaniu jak najszerszej argumentacji, niemniej jednak nie zmienia to faktu, że informując zamawiającego o popełnionym błędzie i dokonując samooczyszczenia, odwołujący nie kwestionował żadnej z przesłanek wykluczenia go z postępowania. Oznacza to, że w świetle dokumentów dostępnych zamawiającemu w chwili podejmowania czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający nie miał podstaw do zaniechania dokonania oceny jego samooczyszczenia z powodu kwestionowania przez odwołującego przesłanek wykluczenia. Jak bowiem wskazano już wyżej, przed wniesieniem odwołania odwołujący nie kwestionował żadnej z tych przesłanek. Tym samym argumentacja zamawiającego dotycząca tego, że odwołujący nie zgadza się z podstawą wykluczenia, jest podnoszona post factum w oparciu dopiero o treść odwołania, co czyni ją niezasadną i nie może usprawiedliwiać braku dokonania oceny samooczyszczenia na dzień wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się z kolei do kwestii czasu, w którym odwołujący podjął działania w celu samooczyszczenia, należy zauważyć, że w dniu skierowania do zamawiającego pism informujących o niezgodności podanych informacji ze stanem faktycznym i o podjętych czynnościach w ramach samooczyszczenia (14 i 17 września 2021 r.), odwołujący nie wiedział o zamiarze wykluczenia go przez zamawiającego z postępowania, jak też nie wiedział o wezwaniu kolejnego wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych. Działania zamawiającego w tym zakresie nie zostały bowiem w tamtym czasie ujawnione odwołującemu. Tym samym nie można uznać, że odwołujący podjął czynności w ramach samooczyszczenia za późno. Pomijając już nawet kwestię czasu potrzebnego na m.in.

reorganizację działu ofertowania czy przesunięcia kadrowe, przede wszystkim dostrzec należy, że odwołujący podejmował czynności zanim dowiedział się o weryfikacji przedstawionych przez niego informacji przez zamawiającego oraz o planowanym wykluczeniu go z postępowania.

W świetle powyższych ustaleń należy stwierdzić, że nie zachodzą podnoszone przez zamawiającego okoliczności zwalniające go z obowiązku dokonania oceny czynności podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia. Tymczasem obowiązek taki wprost wynika z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, zatem zamawiający powinien był dokonać oceny ww. czynności przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Brak dokonania przez zamawiającego oceny środków podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia czyni odrzucenie jego oferty wadliwym. Dlatego Izba stwierdziła, że zamawiający dopuścił się w tym wypadku naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i uwzględniła odwołanie.

Art. 111 ust. 6

50. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21

Rozstrzygnięcie sprawy wymagało w istocie odpowiedzi na pytanie, czy wykluczenie wykonawcy w postępowaniu prowadzonym na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy Pzp, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 tej ustawy, następuje na okres roku, zgodnie z art. 111 ust. 6 obecnie obowiązującej ustawy. Na tak postawione pytanie w ocenie Izby należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zdaniem Izby zastosowanie rocznej sankcji do wykluczenia dokonanego na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy stanowiłoby pogwałcenie zasady niedziałania prawa wstecz, która to zasada, wbrew twierdzeniom Odwołującego i Przystępujących, znajduje zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego. Zgodnie z tą zasadą nie jest dopuszczalne zastosowanie do określonych deliktów wykonawcy sankcji, która nie obowiązywała w dacie ich popełnienia. Wykonawca, który w poprzednim stanie prawnym dopuścił się takiego działania nie może ponosić skutków, które nie były mu wówczas znane, a które zostały wprowadzone do ustawy w późniejszym czasie. To właśnie temu ma zapobiegać zasada *lex retro non agit*, z którą stanowisko Zamawiającego i Przystępujących jest w oczywisty sposób sprzeczne.(...)

Wobec tego, że skutki wykluczenia z postępowań prowadzonych w 2020 r. nie odnoszą się – według przepisów obowiązujących w dacie ich zaistnienia – do przyszłych postępowań, to Odwołujący uprawniony był, aby w części III pkt c dokumentu JEDZ zaznaczyć odpowiedź „nie”, a udzielenie takiej odpowiedzi nie może być uznane za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Należy bowiem zauważyć, że odpowiedzi na pytania zawarte w tej części dokumentu JEDZ odnoszą się do istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania. Skoro Odwołujący

pozostawał w usprawiedliwionym i – zdaniem Izby – mającym oparcie w przepisach prawa przekonaniu, że nie może podlegać wykluczeniu w związku ze zdarzeniami zaistniałymi w poprzednim stanie prawnym, to nie można twierdzić, że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W tej sytuacji bezprzedmiotowa pozostaje argumentacja Odwołującego, że nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd z tego powodu, że wykluczenia z 2020 r. miały miejsce w postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego, który miał wiedzę o ich przebiegu. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska, jakoby nie mogło potencjalnie dojść do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd w przypadku, gdy Zamawiający określoną wiedzę powinien posiadać „z urzędu”. Stanowisko to jest błędne chociażby z tego powodu, że nie można wykluczyć, iż Zamawiający z powodu nieuwagi, złego przepływu informacji czy skali prowadzonej działalności może hipotetycznie przyjąć przedstawione przez wykonawcę informacje za prawdziwe. Stan świadomości Zamawiającego nie może mieć z tego punktu widzenia znaczenia rozstrzygającego.

Art. 112 ust. 1

51. Wyrok z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1163/21

Zamawiający określając sporny warunek udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp, w szczególności Izba uznała, iż warunek został sformułowany w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i nie naruszający uczciwej konkurencji. Odwołujący dążył do zmiany kwestionowanego warunku poprzez uczynienie go bardziej restrykcyjnym, a tym samym ograniczenie dostępu do ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacji. W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu nie musi odnosić się do doświadczenia identycznego / tożsamego z przedmiotem zamówienia. Warunek ten ma uprawdopodobniać, iż wykonawca go spełniający jest w stanie zrealizować zamówienie. W szczególności podkreślenia wymaga, iż formułowane warunki udziału w postępowaniu muszą odzwierciedlać minimalne poziomy zdolności.

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

W niniejszej sprawie Izba uznała, iż warunek określony przez zamawiającego wpisuje się w normy i zasady ustalania warunków udziału w postępowaniu. Wymaganie zamawiającego odnosi się do usług ochrony będących przedmiotem zamówienia w szerokim rozumieniu, a wykazywane usługi miały być wykonywane w obiektach użyteczności publicznej, jakim niewątpliwie jest również obiekt zamawiającego. Ponadto jedna z usług miała być wykonana w muzeum, a więc w podmiocie o tożsamej specyfice co zamawiający. Tak więc, Izba stwierdziła, że postawione przez zamawiającego wymagania nie są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamówienia stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Izba wyraża przekonanie, że ustalony przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek nie został ustalony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia znaczenie ma doświadczenie w wykonaniu usług odpowiadających rodzajowo i terminowo przedmiotowi zamówienia, a zatem odniesienie warunku do ilości umów i czasu wykonywania świadczeń podobnych w skali jednego roku nie stanowi wymagań Zamawiającego o charakterze nieproporcjonalnym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji. W warunku, do oceny zdolności wykonawcy do należytego spełnienia zobowiązania umownego, przyjęty został przez Zamawiającego zestaw dokonań wykonawcy, który ma być spełniony łącznie, a cech tego zestawu wymagań Izba nie uznała za przeczące regułom określonym w ustawie Pzp.

52. Wyrok z dnia 21 września 2022 r., sygn. akt KIO 2602/21

Zaznaczenia wymaga, że to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, który doprowadzi do wyboru wykonawcy gwarantującego należyłą realizację zamówienia. Jak wynika z art. 112 ustawy pzp zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu określając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, warunki udziału w postępowaniu nie odzwierciedlają w pełni wszystkich wymogów opisu przedmiotu zamówienia, a wyłącznie zakres pozwalający na wybór wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił wymóg posiadania wpisu do działalności regulowanej. Zauważyć należy, że Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny bez odniesienia do rodzajów czy kodów odpadów, które ma obejmować wpis. W ocenie Izby takie ukształtowanie warunku nie uprawniało Zamawiającego do następczej weryfikacji czy posiadany przez Odwołującego wpis odpowiada rodzajom odpadów wymaganych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wykonawcy powinni samodzielnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia, domyślić się jakie kody odpadów powinien obejmować wpis, tak

aby na dzień składania ofert móc wykazać się posiadaniem wpisu w zakresie odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia.

53. Wyrok z dnia 22 września 2022 r. sygn. akt KIO 2323/21, KIO 2332/21

Zamawiający uprawniony jest do określenia w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne takich warunków udziału w postępowaniu, jakie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotowego zamówienia, rzetelnego i profesjonalnego, dającego rękojmię jego należytego wykonania, z zastrzeżeniem, że warunki muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz określone w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wyrażenie minimalnych poziomów tej zdolności. Zamawiający musi więc opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić powyższe wymagania. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania i trudności, czy sposobu wykonania zamówienia.

54. Wyrok z dnia 20 października 2021 r., sygn. akt KIO 2716/21

Celem opisywania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowego i należytego wykonania zamówienia. Aby prawidłowo ten cel zrealizować zamawiający musi mieć na uwadze zasady postępowania, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a ponadto może poruszać się tylko w ramach zakreślonych przepisem art. 112 ust. 2 ustawy Pzp. Wymienione tam obszary, jakich mogą dotyczyć warunki udziału w postępowaniu stanowią katalog zamknięty, tym samym warunki udziału w postępowaniu nie mogą dotyczyć innych zakresów, niż wskazane w omawianej regulacji. Innymi słowy, kwalifikacja podmiotowa wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu wykraczająca poza powyższe wyliczenie, stanowi naruszenie ustawy Pzp. Celem przepisu art. 114 ustawy Pzp jest natomiast weryfikacja, czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej bądź wykonywania zawodu objętych zamówieniem.

55. Wyrok z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3369/21

Izba uznała wymaganie Zamawiającego odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i lub zawodowej opisany w pkt 13.6.4 OPW i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz związany z tym warunkiem opis sposobu jego spełniania za nadmierne do przedmiotu zamówienia i utrudniające uczciwą konkurencję. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał aby zawężenie warunku udziału w postępowaniu do terenu państw

objętych Porozumieniem GPA było uzasadnione merytorycznie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że celem Porozumienia GPA (Porozumienia w sprawie zamówień rządowych) jest liberalizacja i rozwój handlu międzynarodowego przez zapewnienie równego dostępu do rynku zamówień publicznych państw - sygnatariuszy. Porozumienie GPA oparte jest na zasadzie niedyskryminacji wykonawców ze względu na kraj pochodzenia, przejawiającej się w stosowaniu do wykonawców pochodzących z państw – stron Porozumienia GPA - takich samych reguł, jak w stosunku do wykonawców rodzimych. Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że Porozumienie GPA nie dotyka kwestii związanych z samą realizacją zamówień, w tym objętych specyfiką przedmiotowego zamówienia, a celem tego Porozumienia jest możliwie szerokie otwarcie rynku zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję. Natomiast szeroko pojęte kwestie związane z budową czy serwisem bloków gazowo – parowych nie są determinowane przynależnością do Porozumienia GPA i nie zostały dla tego obszaru zunifikowane. (...) sam fakt iż stronami Porozumienia GPA są kraje wysoko rozwinięte nie musi być jednoznaczne z tym, że wszystkie te kraje stosują wymogi w zakresie ochrony środowiska na tożsamym poziomie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że zastosowane przez niego terytorialne ograniczenie zrealizowania zamówienia na terenie państwa – strony Porozumienia GPA jest jedynym środkiem do osiągnięcia tego celu. Niewątpliwie natomiast skarżony wymóg może stanowić ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu i może jednocześnie prowadzić do eliminacji Odwołującego, który jest wykonawcą pochodzącym z państwa należącego zarówno do Unii Europejskiej jak i państwa – strony Porozumienia GPA oraz wykonawcą potencjalnie zdolnym do realizacji zamówienia. W ocenie Izby, w tym stanie rzeczy, różnicowanie doświadczenia wykonawców w oparciu o Porozumienie GPA jest nieuzasadnione i stanowi naruszenie art. 16 pkt 3) ustawy Pzp. Izba podziela tym samym stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby w wyroku z dnia 6 września 2011 r. sygn. akt KIO 1820/11 oraz w wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2562/14, zgodnie z którym samo członkostwo w GPA czy realizacja zamówień na terenie państw – członków GPA - nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a sam wymóg wykazania się należytych wykonaniem opisanych przez zamawiającego zamówień „na terenie państw członków GPA” stanowi nieuzasadnione, nie związane z przedmiotem zamówienia, zawężenie warunków udziału w postępowaniu i w istocie może prowadzić do ograniczenia konkurencji.

Art. 116 ust. 2

56. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21

Zgodzić należy się z Odwołującymi, że *ratio legis* przepisu art. 116 ust. 2 ustawy Pzp jest ocena zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy rozumianej m. in. jako zdolność do realizacji zamówienia w sposób nieobarczony konfliktem interesów. Tym samym chodzi o obiektywną zdolność do realizacji danego zamówienia publicznego w warunkach wolnych

od konfliktu interesów. A zatem okoliczność, iż wykonawca posiada personel wymagany przez zamawiającego nie jest każdorazowo wystarczająca do uznania, że wykonawca posiada wymagane zdolności. Istotne jest również to, aby dany personel mógł wykonywać swoje czynności w sposób nieskrępowany, rzetelny, profesjonalny, czyli właśnie w sytuacji braku konfliktu interesu. Zdaniem Izby okoliczność, że Przystępujący jest zaangażowany jako podwykonawca w realizację zadania inwestycyjnego wykonywanego przez generalnego wykonawcę robót budowlanych, z którym jest powiązany biznesowo i finansowo, oznacza, że X będzie działał w warunkach konfliktu interesów, co z kolei może mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia publicznego. Ponadto gdyby nawet realizacją obu zamówień zajmował się inny personel – co nie zostało wykazane przez X, to osoby te pozostają zrzeszone w ramach jednego podmiotu, a sama usługa jest świadczona przez jednego wykonawcę. Tym samym w sytuacji, gdy dokumentację projektową będzie weryfikował jej autor, ten sam podmiot będzie oceniał jakość robót budowlanych wykonanych przez generalnego wykonawcę robót oraz rozpatrywał roszczenia zgłoszone przez generalnego wykonawcę, nie jest możliwe zachowanie pełnego obiektywizmu w świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego. Zatem posiadanie przez X sprzecznych interesów może skutkować otrzymaniem przez Zamawiającego oferty niegwarantującej zachowanie najlepszej jakości usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Naturalnym jest, że lepszą jakość świadczonych usług i ich efekty winien zaoferować wykonawca wolny od konfliktu interesów i niepowiązany z generalnym wykonawcą robót, który w sposób nieskrępowany będzie wykonywał swoje obowiązki. Jednocześnie dostrzec trzeba, iż sam Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał od przyszłego wykonawcy zamówienia, by Inżynier Kontraktu nie angażował się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi z umowy, jak również by Inżynier Kontraktu oraz wszystkie podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, powstrzymali się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie umowy.

Art. 117

57. Wyrok z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2597/21

Kluczową kwestią dla potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, jest w ocenie składu orzekającego Izby, interpretacja treści art. 117 ustawy Pzp. (...) Jak stanowi treść ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający ustalił, że przynajmniej jedna z firm wspólnie składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winna jest przedstawić dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. I. Dokumentami wymienionymi w Części III.2.1) ust. I ogłoszenia były zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w zakresie krajowego przewozu rzeczy oraz licencja wspólnotowa zezwalająca na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego rzeczy. W przypadku Odwołującego takie

dokumenty w postaci podmiotowych środków dowodowych przedstawiono. Licencją wspólnotową dysponuje Partner konsorcjum, a zezwolenie posiadają obaj członkowie konsorcjum. W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to, że wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu zostały spełnione.

Dostrzeżenia także wymaga, iż spełniono również wymóg, zgodnie z którym dokumenty wymienione w Części III.2.1) ust. 1 ogłoszenia złożyć mieli tylko ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą wykonywali zakres czynności, która wymaga posiadania tych dokumentów (uprawnień). Odwołujący oświadczył, że usługi transportu krajowego świadczyć będą oba podmioty, natomiast usługi transportu międzynarodowego Partner konsorcjum. Zatem złożone środki podmiotowe są całkowicie zgodne z treścią oświadczenia składanego w trybie art. 117 ustawy Pzp. W żadnym miejscu opisu spełniania warunku udziału nie podano, że każdy z członków konsorcjum musiał posiadać każdy z wymaganych dokumentów i tylko przedstawienie licencji oraz zezwolenia łącznie przez każdy z podmiotów będzie potwierdzało posiadanie wymaganych uprawnień.

Ponadto przedstawienie podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego w określonym zakresie oznacza również, że wypełniona została dyspozycja art. 117 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej posiadają ci uczestnicy konsorcjum, którzy będą realizowali usługi, do których posiadanie tych uprawnień jest wymagane. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z wezwania do uzupełnienia, nie było konieczne potwierdzenie spełniania warunku przez każdego z członków konsorcjum osobno w takim samym zakresie. Innymi słowy warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do uprawnień prowadzenia działalności gospodarczej konsorcjum mogło spełnić łącznie, przy czym każdy z członków konsorcjum mógł go spełnić w innym zakresie. Każdy z podmiotów tworzących konsorcjum posiada uprawnienia, w zakresie w jakim każdy z podmiotów będzie realizował usługi. A przynajmniej z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów nic innego w ocenie Izby nie można wyczytać.

Zarówno więc treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i ustawa Pzp dopuszcza łączne spełnienie warunku i w taki sposób spełnienie warunku wymaganych uprawnień potwierdził Odwołujący.

Art. 118 ust. 1 i 2

58. Wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3515/21, KIO 3538/21

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. 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 konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 118 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”. Z treści oświadczenia winno więc wynikać zasady oddania zasobów do dyspozycji oraz precyzyjne określenie takich zasobów i sposób ich wykorzystania. (...)

Jednocześnie Izba wskazuje, że za niedopuszczalną uznać należy praktykę, zgodnie z którą wykonawca odwołuje się do doświadczenia podmiotów trzecich tylko dla celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast faktycznie sam wykonuje samodzielnie zamówienie, pomimo, iż na etapie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powoływał się na własną wiedzę i doświadczenia w żadnym zakresie. Taki sposób realizacji zamówienia poprowadziłby do jednej konstatacji, a mianowicie, iż stawianie warunków udziału w postępowaniu oraz kwalifikacja podmiotowa wykonawcy jest bezcelowe i nie ma żadnej wartości dla zamawiającego. Ustawodawca w celu minimalizacji takiego ryzyka zobowiązuje właśnie wykonawców do precyzyjnego określenia zakresu zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, zakresu i sposobu takiego udostępnienia. W analizowanym zaś stanie faktycznym, ogólność sformułowań zawarte w zobowiązaniu powoduje, że podmiot trzeci może wykonać minimalny zakres robót budowlanych, zaś wykonawca zasadniczą część zamówienia, pomimo, iż zgodnie z SWZ nie posiada samodzielnie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Stąd też tak istotne jest precyzyjne określenie zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego.

Art. 126 ust. 1

59. Wyrok z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3477/21

W konsekwencji, stwierdzić należy, że pomimo, iż oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Tymczasem

treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp przez Odwołującego polisy w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13 lipca 2021r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 mln zł. W ocenie Izby, powyższej sytuacji nie zmienia fakt, iż Odwołujący w dniu 29 października 2021r. przedłożył Zamawiającemu aneks do polisy zmieniający pierwotny czas ubezpieczenia na okres od dnia 13 lipca 2021r. do 12 lipca 2022r. Jak bowiem zostało ustalone w postępowaniu, Odwołujący powyższy aneks uzyskał dopiero w dacie 29 października 2021r., a zatem na dzień 13 lipca 2021r. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie ponad trzech miesięcy od upływu terminu składania ofert.

60. Wyrok z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3753/21

Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający powołał co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, złożył umowy zawarte po upływie terminu składania ofert oraz ofertę otrzymaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym wystosował do niego wezwanie o uzupełnienie ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku na dzień składania ofert. Należy przy tym zauważyć, że umowa zawarta przed upływem terminu składania ofert lub w tym dniu, jeżeli w dalszym ciągu obowiązuje, jest dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia w rozumieniu ww. przepisów.

Art. 128 ust. 1

61. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 913/21

Izba zważyła, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył oświadczeń podmiotów, na zasoby których się powołał, o tym, że spełniają one warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający jasno sformułował wezwanie z 4 marca 2021 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zatem odwołujący powinien bez trudu je uzupełnić. Tymczasem odwołujący złożył podpisane przez siebie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a pominął żądane przez zamawiającego oświadczenia podmiotów trzecich o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu. Skoro zamawiający nie przygotował wzoru oświadczeń podmiotów trzecich, wykonawca mógł i powinien złożyć oświadczenia o treści samodzielnie przygotowanej przez podmioty udostępniające mu swe zasoby, uwzględniając treść wezwania zamawiającego oraz obowiązujące przepisy prawa. Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się bowiem należytej staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 Pzp). Obejmuje ona znajomość obowiązujących przepisów prawa oraz wynikających z niego konsekwencji (wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: IV CK 100/05, I CK 625/03, III CRN 77/93).

Okoliczności dotyczące spełniania przez odwołującego wymagań zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie podmiotów udostępniających odwołującemu swe zasoby nie mogą już być wykazane przez odwołującego w badanym postępowaniu. Zamawiający nie może skierować do odwołującego ponownego wezwania o złożenie brakujących oświadczeń. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp stanowi wyjątek od obowiązku złożenia przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów wymaganych na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że nie może być ponawiane bez obrazy zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący byłby bowiem traktowany lepiej niż wykonawcy, którzy złożyli wymagane dokumenty lub prawidłowo je uzupełnili na wezwanie zamawiającego. Nie jest też możliwe zastępowanie oświadczeń wymaganych przepisami ustawy dowodami osobowymi - z zeznań świadków lub przesłuchania strony – gdyż temu, oprócz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, sprzeciwiają się również zasady przejrzystości i pisemności. Uwzględnienie takich dowodów na rozprawie jest niedopuszczalne, gdyż przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena czynności zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy. Okoliczności dotyczące wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz udzielonej przez niego odpowiedzi zostały ponadto wykazane za pomocą pism znajdujących się w dokumentacji postępowania. W konsekwencji Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła

wnioskowanych przez odwołującego dowodów z zeznań świadków oraz przesłuchania strony (art. 541 Pzp).

Oświadczenia wymagane przez przepisy prawa dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazane przez zamawiającego w SIWZ nie mogą być uznane za inny środek dowodowy, gdyż zgodnie z w art. 226 pkt 1 lit. c Pzp są one środkiem dowodowym o charakterze podmiotowym potwierdzającym zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Izba nie dopatrzyła się również możliwości, by skutek złożenia brakujących oświadczeń uzyskać w drodze wykładni oświadczeń, które odwołujący złożył zamawiającemu.

62. Wyrok z dnia 18 maja 2021 r. sygn. akt KIO 939/21

W ocenie Izby odwołujący błędnie interpretuje przepisy ustawy Pzp, dążąc niejako do traktowania art. 128 ust. 1 i art. 122 ustawy Pzp jako odrębnych podstaw do uzupełnienia dokumentów, gdy relacja tych przepisów jest analogiczna do tej pomiędzy art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci, z jakichś przyczyn, nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków – reguła jednokrotnego wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ustawy Pzp, w związku z brzmieniem tego przepisu – nie ulega zmianie. Dlatego też błędne jest twierdzenie odwołującego, że w związku z faktem, iż ponowne wezwanie będzie dotyczyło innych okoliczności (innych zasobów), nie doszłoby do naruszenia zasady jednokrotności wezwania. Wezwanie zamawiający wystosowuje w odniesieniu do określonego dokumentu np. zobowiązania jako takiego, złożenie zobowiązania kolejnego podmiotu nie powoduje, iż odnawia się obowiązek zamawiającego do wezwania o uzupełnienie tego dokumentu jeżeli zawiera on jakieś braki.

63. Wyrok z 29 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1649/21

Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. jest wezwaniem jednokrotnym. Niemniej jednak jednokrotność wezwania nie może dotyczyć sytuacji, w których wykonawca nie mógł przesłać zamawiającego dokumentów z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest obowiązany zapewnić, by postępowanie odbywało się bez przeszkód, a udostępnione

wykonawcom urządzenia techniczne miały odpowiednie parametry i umożliwiły wykonawcom swobodny przepływ korespondencji. Faktem jest, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający uniemożliwił wykonawcy dokonanie czynności, do których sam go zobowiązał. Wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków wynikających z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Ze wskazanego wyżej art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że wykonawca jest obowiązany uzupełnić dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Bezsprzeczne jest, że zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przesłanie wymaganych dokumentów i wyjaśnień do dnia 29 kwietnia br. i termin ten upłynął bezskutecznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Aby zatem uczynić zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów i skorelowanego z tym obowiązkiem uprawnieniu wykonawcy do ich uzupełnienia i wyjaśnienia, zamawiający winien wyznaczyć odwołującemu kolejny termin, w którym odwołujący owe uprawnienie zrealizuje.

64. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3300/21

Izba stwierdziła, że złożona przez Przystępującego opinia bankowa potwierdziła posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Wskazać należy, że informacja banku o zdolności kredytowej składana przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć jedynie weryfikacji zdolności finansowej potencjalnego wykonawcy, który dopiero ubiega się o zamówienie. W szczególności celem składania takiej informacji nie jest dowodzenie zamawiającemu, iż wykonawca zawarł przedwstępną umowę kredytową. Użycie sformułowań wskazujących na to, że „ocena bieżącej sytuacji ekonomiczno – finansowej Przystępującego może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 5 mln” oraz że „kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez Klienta” nie świadczy o tym, że złożony dokument nie potwierdza zdolności finansowej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. W ocenie Izby treść złożonej opinii należy czytać całościowo z uwzględnieniem okoliczności, iż zawarcie umowy kredytowej musi wiązać się ze spełnieniem określonych, dalszych warunków banku, stąd też opinia banku wskazującą na możliwość posiadania zdolności kredytowej przez Przystępującego do kwoty 5 mln, obwarowanej spełnieniem dodatkowych warunków zgodnie z procedurami banku. Jednocześnie wskazać należy, iż przewidziane przez Zamawiającego minimum oceny zdolności kredytowej na poziomie 5 mln złotych jakkolwiek stanowi maksimum Przystępującego, to nie można uznać, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej nie został spełniony.

Art. 128 ust. 4 i 5

65. Wyrok z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3474/21

Podkreślić należy, iż jakkolwiek art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp określa uprawnienia zamawiającego odpowiednio do żądania od wykonawcy stosownych wyjaśnień oraz zwrócenia się do właściwego podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, to nie można tracić z oczu, że celem powyższych instytucji jest umożliwienie zamawiającemu należytego zbadania sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Tym samym w sytuacji obiektywnej potrzeby żądania wyjaśnień od wykonawcy, uprawnienie zamawiającego przekształca się w obowiązek, w przeciwnym razie zamawiający nie dochowa staranności przy weryfikacji sytuacji podmiotowej danego wykonawcy. Z kolei w przypadku gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 128 ust. 5 ustawy Pzp co do zasady powinien zapewnić wykonawcy możliwość bycia wysłuchanym i zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, przed podjęciem ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1361/21).

Art. 137 ust. 7

66. Wyrok z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, 2872/21

Po rozważeniu całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, mając na względzie w szczególności wagę i rodzajów zarzutów uznanych za zasadne, Izba stwierdziła, że spełniona została podstawa unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256. Z powyższą regulacją koresponduje art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256. Z kolei stosownie do treści art. 256 ustawy Pzp, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Z analizy ww. przepisów wynika, iż katalog zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia mogących zostać uznane za istotnie zmieniające charakter zamówienia jest otwarty. W art. 137 ust. 7 ustawy Pzp ustawodawca jedynie przykładowo za taką zmianę uznał znaczną

zmianę zakresu zamówienia. Wskazać należy, iż każdorazowo w okolicznościach danej sprawy punktem wyjścia dla prawidłowej oceny wagi i charakteru zmian treści specyfikacji będzie pierwotny charakter wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym miejscu przypomnieć należy, iż jak wynika z motywu 81 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) [dalej „dyrektywa”], (...) Końcowy fragment motywu 81 dyrektywy daje zatem wskazówkę jakie zmiany dokumentów zamówienia należy uznać za istotnie zmieniające charakter zamówienia w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym. Z taką zmianą mielibyśmy do czynienia, w sytuacji gdy zakres zmian wymagających wprowadzenia w dokumentach zamówienia umożliwiłby dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że zarówno art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, jak i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny – w przypadku, gdy mamy do czynienia z istotną zmianą charakteru zamówienia zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, tylko takie działanie gwarantować bowiem będzie zachowanie zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy uzasadnionym jest przedstawienie uwag natury ogólnej stanowiących fundament każdego zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż obowiązkiem zamawiającego jest należyte przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten winien być realizowany z poszanowaniem podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Zamawiający winien mieć również na względzie uregulowaną w art. 17 ustawy Pzp zasadę efektywności wyrażającą się w dążeniu do uzyskaniu najlepszej jakości dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskaniu najlepszych efektów zamówienia, efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Tym samym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być postrzegane jedynie przez pryzmat formalnego obowiązku, lecz jako proces gospodarczy mający na celu wyłonienie podmiotu dającego rękojmię należytego wykonania zadania publicznego oraz gwarantującego najlepszą jakość świadczonych usług oraz najlepszych efektów. Jednocześnie w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia niezbędne jest zapewnienie pełnej konkurencyjności i traktowanie wykonawców w sposób równy. (...)

Zdaniem Izby w warunkach tej sprawy Zamawiający *de facto* potwierdził, że nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia był nieprecyzyjny, niepełny, jak również wymagał od wykonawców

poszukiwania określonych danych niezbędnych do kalkulacji ceny oferty poza dokumentami zamówienia. Podkreślić należy, iż u podstaw niedołożenia przez Zamawiającego należytej staranności w opisanu przedmiotu zamówienia leży błędne podejście Zamawiającego, który z góry założył, że rynek kolejowy w zasadzie nie jest rynkiem konkurencyjnym, (...) Podkreślić należy, iż skoro Zamawiający zdecydował się na udzielenie przedmiotowego zadania publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, a nie w trybie powierzenia, z którego uprawniony był skorzystać, to obowiązkiem Zamawiającego było przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienia publiczne z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp. W tym miejscu zauważyć należy, iż z analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego dotyczącej przedmiotowego postępowania wynikają wnioski przeciwne do prezentowanych w toku rozprawy. Jak wynika bowiem z ww. dokumentu w ramach konsultacji rynkowych wzięły udział wszystkie podmioty posiadające licencję na wykonywanie przewozów kolejowych osób (5 podmiotów), jak również stwierdzono, że „w toku konsultacji wykazano, że postępowanie przetargowe jest jedyną drogą do dokonania wyboru operatora w sposób pozwalający zachować zasady konkurencyjności i przejrzystości”. (...)

Następnie Izba wskazuje, iż warunki zamówienia zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, pod pojęciem których należy rozumieć warunki wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert ale i projektowanych postanowień umowy powinny być jasne, przejrzyste i nie powinny stanowić nieuzasadnionych barier w dostępie do zamówienia. Stwierdzić należy, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa, ograniczeń swobody kontraktowania, czy też nieważności czynności prawnej. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje ograniczeń, to nie oznacza to jednak, że zamawiający może nadużywać czy wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy.

Zdaniem składu orzekającego niniejsze postępowanie odwoławcze potwierdziło, iż Zamawiający w sposób jednostronny i nieprecyzyjny ukształtował zasady realizacji zamówienia publicznego, uzależnione niejednokrotnie od niejasnych i arbitralnych decyzji Zamawiającego, jednocześnie przerzucając na przyszłego wykonawcę zamówienia kluczowe ryzyka, w tym ryzyka od wykonawcy niezależne jak np. ryzyko przychodowe. Zamawiający nie dokonał podziału ryzyk kontraktowych w sposób zrównoważony, z uwzględnieniem warunków niniejszego kontraktu, w tym nie dokonał rzetelnej analizy, które z ryzyk powinny obciążać zamawiającego, które wykonawcę, a które winny zostać rozdzielone pomiędzy stronami kontraktu. Ponadto wskazać należy, iż argumentacja Zamawiającego w wielu aspektach była wewnętrznie sprzeczna, oderwana od warunków wynikających z dokumentów zamówienia oraz pozbawiona argumentów natury merytorycznej. (...)

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało przygotowane z należytą starannością wymaganą w każdym przypadku. Zamawiający naruszył podstawowe reguły wynikające z Prawa zamówień publicznych, do których stosowania jest zobowiązany przy opisie przedmiotu zamówienia, warunkach realizacji zamówień, kryteriach oceny ofert oraz projektowanych postanowieniach umowy. Izba stwierdziła, iż w okolicznościach tej sprawy konieczne do wprowadzenia zmiany są daleko idące, w istotny sposób ingerują w treść dokumentów zamówienia, w szczególności w kwestię rozkładu ryzyk kontraktowych między stronami umowy oraz przyjęty mechanizm wynagrodzenia, prowadząc tym samym do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym. Jednocześnie liczne i obszerne zmiany konieczne do wprowadzenia w dokumentach zamówienia pociągałyby za sobą konieczność dokonania dalszych zmian w specyfikacji, prowadząc *de facto* do jej zasadniczego przemodelowania. Co więcej, na moment zamknięcia niniejszej rozprawy nie było możliwe ustalenie, kiedy Zamawiający udostępni wykonawcom część dokumentacji technicznej (DSU), której zasadność załączenia do specyfikacji dostrzegł sam gospodarz postępowania, co z kolei utrudnia zainteresowanym wykonawcom rzetelną wycenę oferty. W tym miejscu podkreślić również należy, iż nie jest rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w prawidłowym przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sporządzaniu za niego treści opisu przedmiotu zamówienia i definiowaniu rozkładu ryzyk kontraktowych czy modelu wynagradzania, zwłaszcza w sytuacji gdy postawa Zamawiającego oraz prezentowane stanowisko w dużej mierze pozbawione było argumentów merytorycznych, czy też wewnętrznie sprzeczne. W ocenie Izby prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przygotowane w warunkach niekonkurencyjnych, przy błędnym z góry założeniu Zamawiającego, iż oferty w niniejszym postępowaniu złożą wyłącznie odwołujący się w przedmiotowej sprawie Wykonawcy. Tymczasem ta zakładana przez Zamawiającego niekonkurencyjność była wynikiem zaniedbań samego Zamawiającego - to treść dokumentów zamówienia, a w szczególności zakres brakujących danych, ich istotność dla prawidłowego sporządzenia oferty, niekorzystny dla wykonawców model wynagradzania oraz naruszający zasadę równowagi stron umowy rozkład ryzyk kontraktowych, doprowadziły do wyeliminowania konkurencji w tym postępowaniu. Tym samym zakres i charakter zmian koniecznych do wprowadzenia dotyczących kluczowych obszarów zamówienia w istocie wymagałyby zasadniczej rekonstrukcji specyfikacji mającej na celu uczynienie niniejszego postępowania realnie konkurencyjnym. W ocenie Izby zmiany niezbędne do wprowadzenia w dokumentach zamówienia są bardzo istotne, wręcz kluczowe, dla zagwarantowania możliwości złożenia porównywalnych ofert, ich zakres jest znaczny i niewątpliwie są to zmiany mające realny wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, a w szczególności zainteresowanie tym postępowaniem innych kandydatów, niż dwaj wykonawcy dotychczas realizujący usługi na

rzecz Zamawiającego. Powyższe wypełnia obligatoryjną przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 137 ust. 7 ustawy Pzp.

Art. 146 ust. 1 pkt 3

67. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2811/21

Dokonując oceny czynności odrzucenia wniosku Odwołującego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3) i art. 63 ust. 1 Ustawy decydującym stało się odniesienie do twierdzenia, iż Odwołujący nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym w wymaganej formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Teza ta została postawiona przez Zamawiającego w oparciu o ustalenie, że do dokumentów przekazanych Zamawiającemu nie został załączony formularz nr 5 – wniosek. Nie budziło przy tym wątpliwości, iż pozostałe wymagane dokumenty zostały w sposób prawidłowy złożone, tak co do formy (postaci elektronicznej), jak i podpisu osoby upoważnionej do reprezentowania X w dialogu technicznym.

Uwzględniając zarzuty Izba uznała, iż wniosku nie można sprowadzać tylko do formularza zawierającego de facto te same dane co prezentowane w pozostałych dokumentach. Zamawiający próbował przekonywać, iż wniosek na formularzu nr 5 miał decydować o tym, iż wykonawca zadeklarował chęć dopuszczenia do udziału w postępowaniu, co było powiązane z oświadczeniem zawartym w tym załączniku, a takiej deklaracji nie było w pozostałych dokumentach.

Odnosząc się do tego argumentu Izba wskazuje, że chęć udziału w postępowaniu – a tym jest oświadczenie o dopuszczenie do udziału, została wyrażona we wszystkich dokumentach, w których wskazano na przystępowanie X do udziału w dialogu konkurencyjnym (załącznik nr 7), dokumenty JEDZ, czy też oświadczeniu o wspólnym ubieganiu się o zamówienie (załącznik nr 9). Zamawiający skupiając się wyłącznie na brzmieniu oświadczenia z załącznika nr 5 pominął identyczny sens składanych oświadczeń w pozostałych dokumentach.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie było podstaw do stwierdzenia, aby załącznik nr 5 zawierał dodatkowe oświadczenie, uzupełniające oświadczenia prezentowane w kolejnych dokumentach, jakie zostały złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Przeciwnie sens tego formularza można sprowadzić do pisma przewodniego, czy też rodzaju „okładki” dokumentu nazywanego wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Istotą wniosku w dialogu konkurencyjnym były oświadczenia złożone w pozostałych dokumentach, na podstawie których Zamawiający mógł zaprosić wykonawcę do udziału w dalszym etapie postępowania i złożenia oferty. Sytuację tą można porównać do tej, gdy oferta prezentująca warunki na jakich zamówienie zostanie zrealizowane pozbawiona byłaby oświadczenia o treści: „składam ofertę w postępowaniu”.

W ocenie Izby załącznik nr 5 nie mógł pozbawiać znaczenia dokumentów złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie. W sprawie nie było potrzeby domniemywania, iż wniosek został

złożony. Fakty temu przeczą. Ustawa nie zawiera definicji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem dla jego złożenia znaczenie ma to, czy oświadczenia prezentowane w dokumentach wyczerpują treść oczekiwaną w ogłoszeniu o zamówieniu. W niniejszej sprawie takich wątpliwości nie ma. Wszystkie pozostałe dokumenty zostały złożone w przewidzianej formie, zawierają informacje, które pozwalają na dokonanie oceny dokumentów, w tym ustalenie składu X ubiegającego się o udział w zamówieniu – co było pozostawione do uzupełnienia w załączniku nr 5.

Uzasadnienie odrzucenia wniosku sprowadza się do kwestii technicznej, tj. zredagowania wniosku w dodatkowej formie (określonej z góry przez Zamawiającego), która nie zmienia w żaden sposób oświadczeń zawartych w dokumentach istotnych z punktu widzenia oceny wniosku. W ocenie Izby odrzucenie wniosku wyłącznie z tej przyczyny, iż nie zostało złożone dodatkowe oświadczenie, że X wnosi o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, stanowi wyraz nadmiernego formalizmu decyzji podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sam Zamawiający nie miał wątpliwości, iż Konsorcjum wyraziło chęć udziału w postępowaniu. Czynność złożenia dokumentów z zachowaniem elektronicznej formy czyni skutecznym pod względem prawnym złożone oświadczenia woli opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż czynność ta nie wywołuje skutku prawnego i odmówił uznania złożonych dokumentów w postępowaniu, chociaż były one wystarczające dla uznania, iż wniosek został złożony. Fakt przeredagowania oświadczenia z „wnoszę o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu” na „Przystępuję do udziału w postępowaniu” (takie oświadczenie zostało wprost zawarte w załączniku nr 7), w ocenie Izby nie może uzasadniać twierdzenia, iż wniosek nie został złożony. Ponownie należy podkreślić znaczenie dokumentów merytorycznie pozwalających na ocenę wniosku, a nie sam sposób prezentacji wniosku, do czego należałoby sprowadzić formularz nr 5.

Art. 214 ust. 1 pkt 1

68. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2943/21

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Niesporny między stronami był fakt, że na rynku istnieje kilka w pełni funkcjonujących systemów (...) i każdy z nich może być dostosowany do indywidualnych potrzeb klientów. Za udowodnione Izba uznała również, że wyłącznie Przystępujący X uprawniony jest do świadczenia usługi aktualizacji systemu (...), ze względu na fakt, iż system ten opiera się na oprogramowaniu do którego prawami wyłącznymi dysponuje X, a także z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że usługa w takim kształcie, jak opisany w OPZ, może być prowadzona wyłącznie przez wykonawcę X, ale na rynku istnieją rozwiązania alternatywne. Przedmiot zamówienia – mimo, że stanowi aktualizację, a nie wdrożenie nowego systemu – ma przy tym niezwykle skomplikowany charakter. Tym samym kluczowe dla ustalenia, czy Zamawiający nie naruszył prawa wszczynając postępowanie w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp w trybie z wolnej ręki, było zbadanie czy wskazywane przez Odwołującego i Przystępujących po jego stronie rozwiązania w postaci nowych systemów stanowią rozsądną alternatywę wobec aktualizacji dotychczasowego systemu.

Jako punkt wyjścia wskazać należy rozumienie słowa „rozsądny”. Termin ten w internetowym Wielkim Słowniku Języka Polskiego zdefiniowany został jako „nieprzesadny, niewygórowany i świadczący o czymś umiarkowaniu”. Co za tym idzie jako rozsądną alternatywę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp rozumieć należy rozwiązanie równoważne do przedmiotu zamówienia spełniające przesłanki wskazane w lit. a i b tego przepisu, możliwe do wdrożenia bez nadmiernego nakładu sił i środków oraz w porównywalnym czasie.

Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie udowodnili, że na świecie z powodzeniem funkcjonują różne systemy (...) (m. in. w Kanadzie czy na terenie tzw. Cypru Północnego), wykazali także, że w pełni możliwe i realizowane są zmiany systemu X a systemy innych producentów, np. (...). Odwołujący nie udowodnił natomiast, że możliwe jest zastąpienie dotychczasowego systemu nowym w okresie 24 miesięcy w sposób umożliwiający poprawną, niezakłóconą pracę. Odwołujący nie wykazał też, by wnioski Zamawiającego wyrażone w protokole z dialogu technicznego były niepoprawne. Zamawiający w wyniku przeprowadzonego dialogu uznał, że na obecnym etapie brak jest rozsądnej alternatywy dla aktualizacji dotychczasowego systemu. Skoro Odwołujący oparł swoje stanowisko na twierdzeniu, że rzeczywistość jest odmienna to powinien był to wykazać. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie zaprzeczył stanowisku Zamawiającego, który twierdził (w oparciu o wnioski z dialogu technicznego), że dostosowanie do potrzeb Zamawiającego systemów producentów innych niż X wymagałoby wprowadzenia fundamentalnych zmian w tych systemach.

69. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3296/21

Dla oceny spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy obiektywnie usługę może

świadczyc tylko jeden wykonawca. Zamawiający przywoływał w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie TSUE [dawniej Trybunał Sprawiedliwości] z 10 marca 1987 r. C-199//85 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch, w którym Trybunał dając swoistą wykładnię tej przesłanki stwierdził, że do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych nie jest wystarczające wykazanie, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Należy bowiem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. „Przyczyny techniczne” muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewycięzalny. Przyczyny techniczne to względy nie tylko techniczno-technologiczne, lecz także techniczno-organizacyjne, które sprawiają, że realizacja określonego zamówienia publicznego może być powierzona tylko jednemu wykonawcy.” (...) Niewątpliwie przyczyny wskazane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu nie pozwalają na obiektywne ustalenie, że tylko i wyłącznie wykonawca wskazany przez Zamawiającego może wykonać zamówienie. Jak twierdził Odwołujący i z czym Izba się zgadza, rozruch technologiczny kuchni nie jest dla wykonawców realizujących usługi przygotowywania posiłków z wykorzystaniem kuchni Zamawiającego okolicznością nadzwyczajną i niespotykaną w prowadzonej działalności. Każdy wykonawca rozpoczynając świadczenie tego typu usługi dla kontrahenta musi przejść przez ten proces. Jak sam Zamawiający przyznał, podczas rozprawy, prowadził uprzednio postępowanie konkurencyjne obejmujące swym zakresem m.in. rozruch kuchni i przygotowywanie posiłków. Oferty w tym postępowaniu złożyło 3 wykonawców i każdy z ich oferował przeprowadzenie rozruchu kuchni. Fakt ten również potwierdza, iż obiektywnie oceniając istnieją na rynku wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia. A jeśli w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju usługi wybór wykonawcy powinien nastąpić w jednym z trybów konkurencyjnych przewidzianych ustawą Pzp. Dostrzec również należy, iż Zamawiający niejako sam „wykreował monopol” wykonawcy X udzielając mu zamówienia na przeprowadzenie rozruchu technologicznego kuchni poza ustawą Pzp. Jak wskazał Trybunał „przyczyny techniczne” muszą mieć taki charakter, by w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewycięzalny. Na gruncie ustawy Pzp mowa jest o rozsądnych

rozwiązaniach alternatywnych lub rozwiązaniach zastępczych. Ustawodawca do art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wprowadził także zastrzeżenie, że brak konkurencji nie może być wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, którą Izba podziela, stwierdzić należy, iż Zamawiający mając na uwadze termin w jakim „trzeba udzielić zamówienia” oraz okoliczności technologiczne związane z rozpoczęciem świadczenia usług przez nowego wykonawcę w kuchni Zamawiającego mógł na pewien okres dopuścić rozwiązania alternatywne czy też zastępcze. Rozwiązaniem takim jest np. umożliwienie dostarczania przez wykonawcę gotowych posiłków przez okres dokonywania rozruchu kuchni (jak wskazał Zamawiający może to być okres 1 tygodnia) lub zamówienie tylko gotowych posiłków z dostawą do Zamawiającego tak jak odbywało się to do tej pory. Izba zwraca uwagę, iż koszty posiłków dostarczanych dotychczas przez Odwołującego od kosztów posiłków przygotowywanych w kuchni Zamawiającego zaoferowanych przez wykonawcę w toku negocjacji umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki (protokół negocjacyjny z 4 listopada 2021 r.), są zbliżone. (...) Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja celowościowa o znaczeniu zamawianych usług dla działalności zamawiającego i hospitalizacji pacjentów, chociaż nie umyka Izbie, nie może wpływać na treść rozstrzygnięcia, gdyż przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie odnoszą się do tego typu okoliczności. Izba zważyła zatem, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp z naruszeniem tego przepisu. Naruszenie to skutkuje nieuzasadnionym wyborem trybu niekonkurencyjnego. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek ustawowych umożliwiających skorzystanie z tego trybu prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Art. 214 ust. 1 pkt 5

70. Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3796/21

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Katalog przesłanek zawartych w tym przepisie tworzą zatem: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że brak ziszczenia choćby jednej z nich wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się kolejno do wymienionych przesłanek stwierdzić należy, że w okolicznościach sprawy nie zaistniała sytuacja o wyjątkowym charakterze. Izba zważyła, że trudności związane z zawieraniem umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów na przełomie lat są powszechnie znane. Konieczność zapewnienia odbioru odpadów przez jednostki samorządu terytorialnego nakłada zatem na nie obowiązek wzmożonej zapobiegliwości przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, której poziom minimalny obejmuje odpowiednio wczesne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i jego sprawne przeprowadzenie. Nie można przy tym twierdzić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest sytuacją wyjątkową, której zamawiający nie jest zobowiązany uwzględniać. Przeciwny wniosek wynika już z samej definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 7 pkt 18 Pzp. Przepis ten stanowi in finem, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Ustawodawca zatem - inaczej niż miało to miejsce w przepisach ustawy obowiązującej poprzednio - unieważnienie postępowania uczynił sposobem zakończenia postępowania równorzędnym prawnie z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to również brzmienie art. 254 Pzp. W konsekwencji sam fakt unieważnienia postępowania nie jest de lege lata sytuacją wyjątkową. Przeciwnie, zamawiający planując postępowanie i dążąc do zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usług, powinien się z nią liczyć. Skoro możliwość zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przez jego unieważnienie wynika wprost z przepisów, to zamawiający, który powinien znać przepisy ustawy i prawidłowo je stosować, nie może twierdzić, że jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia.

Po drugie, przyczyny tego stanu rzeczy leżały po stronie zamawiającego. Niezasadnie wskazują zamawiający i przystępujący, że zamiar wycofania się odwołującego z zawarcia umowy na podstawie złożonej przez niego oferty oznaczał, że jest on podmiotem odpowiedzialnym za zaistniałą sytuację. Przede wszystkim dostrzec trzeba, że w praktyce zdarzają się sytuacje, w których wykonawca wybrany przez zamawiającego lub wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie zawierają umowy z zamawiającym. Przyczyny tego stanu rzeczy są różne, część z nich wynika z suwerennych decyzji wykonawców, część podyktowana jest okolicznościami o zewnętrznym charakterze, w tym również wzrostem cen mającym znaczenie dla wykonania umowy, który nastąpił już po złożeniu oferty. Sytuacje takie uwzględnił ustawodawca wskazując w art. 263 Pzp wzorzec postępowania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

71. Wyrok z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2454/21

Na wstępie zauważenia wymaga, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być interpretowane ściśle, bowiem stanowią wyjątek od zasad

obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, w tym zasady prymatu trybów podstawowych, wynikającej z art. 129 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tą zasadą, trybami podstawowymi są przetarg nieograniczony i ograniczony, które mogą być stosowane zawsze, natomiast udzielenie zamówienia publicznego w pozostałych trybach może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że postępowanie prowadzi się wyłącznie z udziałem jednego, wybranego przez zamawiającego, wykonawcy, tj. przy wyłączeniu konkurencji, stanowi także wyjątek od zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości, wynikających z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Ciężar wykazania, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki zostały spełnione, każdorazowo spoczywa na zamawiającym, który wywodzi z tego skutki prawne.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwzględnieniem reguł wykładni prawniczej, należy interpretować w ten sposób, że uprawnia on zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli nastąpi łączne spełnienie przesłanek w nim wymienionych tj.

- 1) wystąpiła wyjątkowa sytuacja,
- 2) sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- 5) brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby okoliczności analizowanej sprawy wskazują, że nie wystąpiły łącznie wszystkie ww. elementy przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

Na wstępie wskazania wymaga, że podnoszone przez strony w ww. pismach, okoliczności wskazujące na istnienie pomiędzy nimi sporu związanego z realizacją Umów, jakkolwiek mają związek z ewentualnym wykazaniem po której stronie leżą przyczyny, które doprowadziły do rozwiązania Umów, a następnie zawarcia przez Zamawiającego kwestionowanej przez Odwołującego umowy w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na część zadań uprzednio realizowanych przez Odwołującego, to jednak nie mają one przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie przez Izbę. W sprawie zostało bowiem wykazane, że nie wystąpiły pozostałe elementy ww. przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki. Natomiast ww. sporne pomiędzy stronami kwestie, jak słusznie zauważył Zamawiający, stanowią przedmiot ewentualnych roszczeń, do rozstrzygnięcia których uprawniony jest sąd powszechny.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby wystąpiła wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Z twierdzeń stron przedstawionych na rozprawie oraz treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że po rozwiązaniu za pismem z 6 maja 2021 r. przez Zamawiającego w części Umów łączących go z Odwołującym, m.in. z uwagi na brak dostępności personelu, strony prowadziły w okresie czerwiec – lipiec rozmowy w sprawie polubownego zakończenia istniejących pomiędzy nimi kwestii spornych, w ramach których była mowa o rozwiązaniu Umów. Oznacza to, że przedterminowe rozwiązanie tych Umów było uwzględniane przez Strony, a w konsekwencji Zamawiający mógł i powinien podjąć działania zmierzające do udzielenia zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Nie jest bowiem sytuacją wyjątkową, że strony, które przewidują rozwiązanie umowy, nie dochodzą w ramach prowadzonych negocjacji do porozumienia, a zatem muszą się liczyć z tym, że rozwiązanie umowy nastąpi jednostronnie przez jedną z nich. Tymczasem przez wyjątkową sytuację, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy rozumieć taką, której obiektywnie nie dało się przewidzieć, a w konsekwencji nie dało się uniknąć. Zwykle w takim przypadku chodzi o zdarzenia losowe, np. awarie, klęski żywiołowe, którym nie można przypisać cechy cyklicznego występowania i których nie można było przewidzieć. Rozwiązania w pozostałej części Umów przez Odwołującego wobec wcześniejszego rozwiązania w części Umów przez Zamawiającego i pozostawania Stron w stanie sporu, zagrożenia obciążenia Odwołującego karami umownymi oraz zapowiedzi rozwiązania Umów, nie można uznać za sytuację wyjątkową, której obiektywnie nie można było przewidzieć.

Nadto zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki może nastąpić w sytuacji, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, a takie okoliczności w analizowanej sprawie nie wystąpiły.

Jak sam Zamawiający podał w ww. ogłoszeniu, udzielenie przez niego zamówienia nastąpiło ze względu na wystąpienie pilnej konieczności. Tymczasem wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Określenie „natychmiast” wskazuje bowiem na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. (por. komentarz do art. 214 Pzp, t. 5.1, UZP, 2021). Dla udzielania zamówień pilnych ustawa Pzp przewiduje inne tryby udzielenia zamówienia, zaś tryb zamówienia z wolnej ręki jest możliwy do zastosowania jedynie wówczas, gdy nie jest możliwe zastosowanie żadnego innego trybu. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z powołaniem się na orzecznictwo, rozróżnia przesłankę natychmiastowości wykonania zamówienia od pilności wykonania zamówienia. Należy zatem uznać, że kwestia ta nie powinna być sporna. Tymczasem dalej w odpowiedzi na odwołanie, inaczej niż w ogłoszeniu, Zamawiający pomimo podania w ogłoszeniu, że wystąpiła pilna potrzeba utrzymania ciągłości sprawowania nadzoru inwestorskiego i autorskiego, podaje, że powyższa ciągłość świadczenia usługi wskazuje na potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia. Wynika ona bowiem jego zdaniem z postanowień umów z wykonawcami robót, umów o dofinansowanie projektu, umów

emisyjnych, czy pozwoleń na budowę. Nadto Zamawiający wskazuje na zakres usług przewidzianych dla Inżyniera Kontraktu. Wszystkie te okoliczności były znane Zamawiającemu w dacie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a wówczas uznał, że nie chodzi o natychmiastową lecz pilną konieczność udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby zmiana na etapie postępowania odwoławczego stanowiska Zamawiającego co do tego, że potrzeba udzielenia zamówienia nie tyle jest pilna, co natychmiastowa nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawiona w tym zakresie ww. argumentacja nie wskazuje na spełnienie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki w zakresie dotyczącym natychmiastowego wykonania, zwłaszcza całego zamówienia, które zostało udzielone w trybie niekonkurencyjnym. Skoro Zamawiający zdecydował o zastosowaniu niekonkurencyjnego trybu do udzielenia zamówienia, którego okres realizacji wynosi ponad dwa lata, licząc od formalnego zawarcia umowy, to powinien posiadać i przedstawić pełne i przekonujące uzasadnienie takiej decyzji już w ogłoszeniu wykazując w sposób niebudzący wątpliwości wypełnienie się przesłanki dla zastosowania takiego trybu. Zamawiający tego nie uczynił także w postępowaniu odwoławczym. (...)

W okolicznościach analizowanej sprawy nie można uznać, że zakres zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki jest konieczny i niezbędny do usunięcia skutków rozwiązania przez Odwołującego Umów. Z § 16 przedmiotowej umowy z 28 lipca 2021 r., zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, wynika, że wykonawca ma świadczyć objęte nią usługi do 31 lipca 2023 r. z przedłużeniem o okres wykonywania obowiązków wynikających dla wykonawcy z rękojmi, a więc przez okres ponad dwóch lat. Tymczasem, jak wynika z przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie analizy terminów, jakie by się wiązały z przeprowadzeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wybór Inżyniera Kontraktu mógłby nastąpić w terminie 3-4 miesięcy. Oznacza to, że po upływie tego terminu, a zatem przez okres około 20 miesięcy, umowa mogłaby być realizowana przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu przeprowadzonym z zachowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby Zamawiający, nie wykazał, dlaczego takie rozwiązanie nie zostało przez niego zastosowane. W tym zakresie Zamawiający wskazał, że udzielenie zamówienia ograniczonego czasowo, zważywszy na terminy zakończenia poszczególnych zadań byłoby niecelowe, zważywszy na szacowany czas na udzielenie zamówienia na pełnienie usługi w trybie konkurencyjnym. Tymczasem, jak wyżej wskazano, zważywszy na czas obowiązywania umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, okres świadczenia usług przez wykonawcę wyłonionego w trybie konkurencyjnym wynosiłby około 20 miesięcy. Nie można zatem uznać, że proporcje tych terminów (3-4 miesięcy do 20 miesięcy) wskazują na niecelowość ewentualnego udzielenia doraźnego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, do czasu wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

72. Wyrok z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2685/21, KIO 2689/21

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, którym posłużono się w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że „wyjątkowa sytuacja”, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym.

Art. 214 ust. 1 pkt 7

73. Wyrok z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1153/21

Art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp odnosi się do przewidzianego w ogłoszeniu o zamówieniu powtórzenia tego samego rodzaju zamówień. Dotyczy zatem sytuacji, w której zamawiający udziela zamówienia podstawowego, ze wskazaniem, że dane zamówienie powtórzy w określonym, konkretnym zakresie. W przeciwnym razie brak byłoby możliwości uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających przy obliczaniu wartości zamówienia. Prawidłowe oszacowanie tej wartości musi odnosić się do zakresu robót, które były zamawiającemu znane przy przygotowaniu postępowania i nie zostały objęte zamówieniem podstawowym, lecz były przewidziane do udzielenia w przyszłości. W konsekwencji samo wskazanie ewentualnego powtórzenia zamówienia uznać należy za niewystarczające.

Art. 214 ust. 1 pkt 11

74. Wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/21

W ocenie składu orzekającego za reorganizację pozorną, należy uznać taką reorganizację, która stwarza pozory wprowadzenia zmian, w celu wywołania u podmiotów zewnętrznych (odbiorcy zewnętrznego) przeświadczenia, że została ona przeprowadzona, ale w istocie nie modyfikuje sposobu zorganizowania osoby prawnej. Mając na uwadze stan sprawy Izba doszła do przekonania, że wbrew stanowisku odwołującego, reorganizację przeprowadzoną w przedmiotowej sprawie należało ocenić jako realną, tj. skutkującą określonymi zmianami, które w sposób rzeczywisty wpływały zarówno na sposób zapewnienia usług użyteczności publicznej przez zamawiającego jak i na X. X ze spółki działającej w branży wodociągowo – kanalizacyjnej, stały się spółką dedykowaną również działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi. Rozszerzenie spektrum działalności gospodarczej X miało swój rzeczywisty wymiar – zarówno wewnętrzny jak i zewnętrzny. Spółka dostosowała swoją strukturę organizacyjną, sprzętową, kadrową jak również uzyskała niezbędne uprawnienia do działalności w sektorze gospodarki odpadami komunalnymi.(...) Nie sposób zatem uznać

reorganizacji za pozorną – albowiem, niezależnie od udzielenia bądź nieudzielenia X zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania, profil jej działalności gospodarczej został zmodyfikowany, na skutek czego X będą realizować usługi z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi, których dotychczas w ogóle nie realizowały.(...)

W zakresie zarzutu odnoszącego się do braku możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe w sytuacji adekwatności danych historycznych, Izba ustaliła że celem przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp jest weryfikacja, istnienia pomiędzy osobą prawną a zamawiającym stosunku zależności ekonomicznej, stanowiącego emanację kontroli analogicznej. Stopień zależności determinowany jest decyzjami strategicznymi zamawiającego. Jak ustalono powyżej na skutek działań reorganizacyjnych, spektrum działalności gospodarczej X uległo zmianie. Historyczne dane finansowe nie uwzględniały przychodów pochodzących z działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi – albowiem takich dotychczas X nie osiągały. Na skutek reorganizacji, po stronie X pojawiła się całkowicie nowa kategoria przychodowa. W konsekwencji dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia stały się nieadekwatne, względem celu jakiemu miało służyć ich uwzględnienie – wykazaniu zależności ekonomicznej. Rozszerzenie zakresu działalności X na branżę gospodarki odpadami komunalnymi oraz powstanie w związku z powyższym przychodów, należy uznać za czyniące dane historyczne nieadekwatnymi dla weryfikacji okoliczności o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp.

Art. 223 ust. 1

75. Wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1180/21

W ocenie Izby nie jest możliwe konwalidowanie oferty Odwołującego w sposób wskazany w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że wobec tak ukształtowanych postanowień SWZ Zamawiający podniósł rangę kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty (postanowienie pkt XIII SWZ). Wbrew stanowisku Odwołującego dyspozycja art. 128 ustawy Pzp, nie dotyczy możliwości uzupełnienia dokumentów stanowiących treść oferty. Przepis ten stanowi przede wszystkim o podmiotowych środkach dowodowych oraz innych dokumentach i oświadczeniach składanych w postępowaniu, które szczegółowo określa Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Granicę możliwości poprawy treści oferty stanowi art. 223 ustawy Pzp wskazując na wyjaśnienie czy poprawy omyłek, które jednak nie mogą prowadzić do dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Skoro zatem informacje dotyczące wyceny sprzętu, materiałów, kosztów roboczogodziny w ogóle nie znalazły się w treści oferty Odwołującego to jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłyby do niedozwolonej zmiany, a dokładnie do wprowadzenia do oferty całkiem nowych danych. Dlatego też Izba uznała uzasadnienie

Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego wskazujące na brak możliwości uzupełnienia treści oferty za prawidłowe.

Art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp

76. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2719/21

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Chodzi tutaj o omyłki mające oczywisty charakter, co da się wywieść z treści złożonej przez wykonawcę oferty. Konieczność odwoływania się do źródeł zewnętrznych (jak np. dokumenty, które nie były składane przez wykonawcę w ramach oferty) oznacza, że dana niezgodność - nawet jeśli stanowi omyłkę - nie posiada cechy oczywistości.

77. Wyrok z dnia 8 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3425/21

W tym zakresie można było zatem stwierdzić, że oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Izba doszła do przekonania, że na podstawie oferty odwołującego nie można było ustalić jego intencji w zakresie proponowanej pojemności macierzy. Tym samym niemożliwe było poprawienie niezgodności w ramach jego oferty, gdyż nie była to niedokładność nasuwająca się każdemu, która mogła być usunięta na podstawie samych tylko dokumentów składających się na ofertę.

Art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp

78. Wyrok z dnia 14 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1318/21

Mając zatem na uwadze, że: 1) z treści SWZ wynikał tylko jeden sposób obliczenia ceny i 2) brak było podstaw do przyjęcia, że wykonawca dokonał obliczenia ceny w inny sposób niż wynikający z treści SWZ, 3) a w konsekwencji tego był tylko jeden sposób poprawienia zaistniałej omyłki rachunkowej, a zatem stwierdzoną omyłkę należało zakwalifikować jako oczywistą omyłkę rachunkową na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - decyzję zamawiającego o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy X należy uznać za prawidłową. Zgodnie bowiem z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp zamawiający obowiązany jest do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający obowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami zawartymi w dokumentach postępowania. Należy również wskazać, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - w przeciwieństwie do przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - nie zawiera zastrzeżenia co do braku istotnej zmiany treści oferty na skutek poprawienia omyłki.

79. Wyrok z dnia 22 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1662/21

Aby dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający powinien mieć w treści oferty wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne. Tymczasem w treści oferty Odwołującego brak było przedstawionych działań matematycznych, rachunków, wpisano jedynie przyjęte przez Odwołującego określone wartości kosztowe. Tym samym Zamawiający nie dysponował w złożonej przez Odwołującego ofercie jakimikolwiek rachunkami, obliczeniami, działaniami matematycznymi, dzięki którym mógłby prześledzić cały tok tych wykonanych działań w celu dokonania prawidłowych obliczeń. Ponadto omyłka, jest to niezgodność widoczna na pierwszy rzut oka. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopiero w drodze wyjaśnień ustalał, czy Odwołujący nie popełnił błędu, prosił Odwołującego o podanie podstawy prawnej i metodologii obliczeń dla poszczególnych pozycji. Dopiero z udzielonych wyjaśnień Zamawiający powziął informację od Odwołującego, że w dwóch pozycjach nie została uwzględniona składka ZUS. Podkreślić należy, że omyłka rachunkowa jest widoczna na pierwszy rzut oka. W przypadku takiej omyłki, można zorientować się, że nie było zamiarem wykonawcy popełnienie omyłki, a powstała ona na skutek błędnego działania. W niniejszym postępowaniu, z charakteru brakujących wartości kosztowych nie sposób ustalić, czy działanie Odwołującego było świadome i celowe, czy też nie. Tym bardziej, że stanowisko Odwołującego przedstawione w treści wyjaśnień z 30 kwietnia 2021 roku jest chwiejne, zawiera trzy możliwe rozwiązania, tzn. zawiera informację, że dokonano obliczeń wg własnej metodologii, występuje omyłka rachunkowa, występuje inna omyłka. W konsekwencji należy uznać, że nie sposób stwierdzić, aby Zamawiający dysponował danymi pozwalającymi na poprawienie omyłki rachunkowej w spornych pozycjach, skoro rachunków w tych pozycjach nie było.

Art. 223 ust. 2 pkt 3

80. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2719/21

(...) następnym krokiem Zamawiającego winno być rozważenie, czy stwierdzone niezgodności kwalifikują się do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający doszedł do przekonania, a przekonanie to Izba podziela, że regulacja ustawowa mogła być zastosowana do pozycji, w których Zamawiający był w stanie na podstawie całości treści oferty Odwołującego wywnioskować, w jaki sposób pozycje poprawić. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu kosztorysów, a poprawki te Wykonawca zaakceptował. Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego takie braki, których wartość lub znaczenie można było określić poprzez analogię na podstawie innych pozycji kosztorysu.

W przypadku pozycji niewycenionych słusznie Zamawiający stwierdził, że taka poprawa nie jest możliwa. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący bezpodstawnie wywodzi, że w przypadku pozycji niewycenionych Zamawiający winien był wstawić w odpowiednich

kolumnach kosztorysu ofertowego kwotę „0 zł”. Izba w pełni popiera stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że pewnych korekt nie można było przeprowadzić samodzielnie, ponieważ brak w kosztorysie Wykonawcy analogicznych pozycji, które by to umożliwiały. Wezwanie do określenia cen jednostkowych oznaczałoby natomiast podjęcie z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co stanowił naruszenie art. 223 ust 1 ustawy Pzp. Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. Celnie Zamawiający podkreślał, że by rozważyć dokonanie określonych poprawek w treści oferty, treść ta musi istnieć. Trudno zaś za istniejącą treść oferty uznać rubryki kosztorysu niewypełnione w zakresie cen jednostkowych i wartości ogółem przez Wykonawcę. Brak podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, należy uznać za brak wyceny, a nie za oferowanie przedmiotu zamówienia za 0 zł. Liczba zero jest wartością wymierną i wpisanie jej do kosztorysu stanowi wycenę, natomiast w przypadku oferty Odwołującego część rubryk nie została po prostu wypełniona, czyli wyceniona. Co do argumentacji Odwołującego, że w takim przypadku program kosztorysowy do podsumowania przyjmuje wartość zerową, to być może tak jest, ponieważ w zasadzie innej wartości wobec niewypełnienia rubryk nie może przyjąć, ale nie zmienia to faktu, że oferta nie zawiera ceny jednostkowej za dany element przedmiotu zamówienia, a nie że zawiera cenę 0 zł, taka bowiem treść oferty nie istnieje. Wpisanie do kosztorysu ofertowego Odwołującego przez Zamawiającego liczby 0 zł w miejsce niewypełnionych rubryk w istocie stanowiłoby dokonanie samodzielnej wyceny elementu przez Zamawiającego. Końcowo Izba podkreśla, że niezależnie od wielkości brakującej ceny jednostkowej dla kilku pozycji kosztorysu i wpływu wielkości tej na wartość oferty, jej brak stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia. W tym kontekście nie można również nie zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należycie wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia. Nie było natomiast argumentacją odwołania objęta okoliczność, że prace w pozycjach niewycenionych, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji kosztorysu, czy też innych prac dla danego elementu przedmiotu zamówienia.

81. Wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3524/21

Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może posłużyć jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia, wbrew wyjaśnieniom złożonym przez odwołującego, więc popełniony błąd nie zawiera się w katalogu wad, które można sanować.

W szczególności nie doszło do zaniechania poprawienia oferty odwołującego na kanwie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ponieważ warunkiem poprawienia tzw. innej omyłki jest nieistotność

zmiany treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie jej poprawy. „Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym zaś wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy, co można wywieść chociażby z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku wydanego w sprawie XII Ga 429/09. Drugim warunkiem poprawienia omyłki, jako innej, jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt: X Ga 1071/16).

Zatem nieprawidłowym byłoby wykorzystanie trybu poprawienia omyłki do dostosowania formularza ofertowego odwołującego do merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania, poprzez wprost zamianę tego, co w ofercie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Działanie takie nie tylko byłoby sprzeczne z ustawową możliwością poprawienia omyłki, ale byłoby wbrew wyjaśnieniom przedstawionym przez wykonawcę, z których wprost wynika, że jego zdaniem nie popełnił on żadnego błędu, który można byłoby poprawić na kanwie art. 223 ust. 2 p.z.p. Omawiany zarzut został więc przez Izbę oddalony jako bezpodstawny.

82. Wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3772/21

Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Pojęcie „istotnych zmian w treści oferty” jest nieostre i ma charakter oceny, jednak również w tym przypadku orzecznictwo wypracowało reguły o uniwersalnym charakterze umożliwiające stosowanie przepisu.

Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09). O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy dotyczy *essentialia negotii* oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna

w treści oferty to zmiana o niewielka w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia.

Przeniesienie tych poglądów na grunt okoliczności faktycznych sporu prowadzi do przekonania, że zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po pierwsze, uzupełnienie oferty o wskazanie producenta stanowiłoby istotną zmianę w treści oferty odwołującego, gdyż identyfikowałoby treść świadczenia oferowanego zamawiającemu. Formularz cenowy był jedynym źródłem wiedzy zamawiającego, na temat oferowanych śpiworków. Zamawiający żądał podania tej informacji, nie może zatem oprzeć się na ogólnym zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia złożonym w formularzu ofertowym załączniku nr 1 do SWZ). Brak załączenia do oferty formularza cenowego wskazującego producenta i ewentualnie numer katalogowy śpiworków uniemożliwia ustalenie, do jakiego świadczenia zobowiązuje się wykonawca. Uzupełnienie tej informacji po upływie terminu składania ofert doprowadziłoby do nierównego traktowania wykonawcy przez ustalenie przedmiotu dostawy po upływie terminu składania ofert.

Poprawienie oferty odwołującego przez wpisanie w ostatniej kolumnie producenta oferowanych śpiworków jest niedopuszczalne również z tego powodu, że żaden dokument złożony przez odwołującego w ramach oferty nie zawiera informacji, z której można by wywieść, że odwołujący jest producentem oferowanych śpiworków. W konsekwencji nie było podstaw do wezwania odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wyjaśnienia takie kreowałyby nową, pominiętą treść oferty, nie zaś służyłyby usunięciu niejasności w treści złożonego oświadczenia.

Art. 224 ust. 1

83. Wyrok z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2430/21

Przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie m.in. przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprowadził zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność lub wzajemną sprzeczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. W przypadku udzielenia takich wyjaśnień przez wykonawcę, ponawianie prośby o ich złożenie należy uznać za działanie naruszające zasady, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

84. Wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21

Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub jej elementy składowe, w tym przede wszystkim wycena pozycji numer 1, której wysokość została przez Odwołującego uznana za rażąco niską ma charakter istotny i jest tak niska, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

85. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r. KIO 3043/21

Z uwagi na wyodrębnienie elementów składających się na cenę, należy uznać, że co do zasady pozycje ujęte w formularzu ofertowym mogą być przedmiotem badania pod kątem rzetelności ich wyceny. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takiej sytuacji zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej, aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

86. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3123/21

Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z powyższego przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak natomiast przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp skutkuje brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. (...)

Podkreślić należy, że użyte w art. 224 ust. 1 Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie Zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy Pzp nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (...)

Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wspólnie z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn. że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów. Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania Zamawiającego.”

Art. 224 ust. 2 pkt 1

87. Wyrok z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21

(...) możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia wskazanej powyżej różnicy między ceną oferty a oszacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia, ma charakter wyjątkowy. Wynika to wprost z brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który jako zasadę określa obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania (*zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1*), a jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość zaniechania takiego wezwania (*chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia*). W związku z tym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Oznacza to, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych

wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień, spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. na zamawiającym.

Art. 224 ust. 6

88. Wyrok z dnia 22 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1920/21

Zauważenia przy tym wymaga, iż nie istnieje jeden, uniwersalny, odnoszący się do wszystkich zamówień, wzorzec prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również jeden wzorzec odnoszący się do katalogu dowodów, które winny być przedłożone przez wykonawcę dla uzyskania gwarancji uznania, iż wywiązał się z obowiązku wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku ocena wyjaśnień w zakresie wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny winna być zindywidualizowana, powinna uwzględniać m.in. specyfikę przedmiotu zamówienia i realia towarzyszące jego realizacji. Chodzi bowiem w szczególności o ustalenie czy zamówienie za zaoferowaną cenę może być wykonane zgodnie z SWZ, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, sztuki zawodowej, przy zastosowaniu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Zamawiający dokonując ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien mieć na uwadze m.in. rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie.

89. Wyrok z dnia 29 lipca 2021 r. , sygn. akt KIO 1946/21

Złożone przez wykonawców wyjaśnienia należy oceniać całościowo, a w ocenie tej uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, nie można natomiast stosować żadnego automatyzmu. Niezasadne jest przykładanie tej samej miary do każdego wyjaśnienia składanych w różnych postępowaniach, bez względu na przedmiot zamówienia. Nie można więc stwierdzić – jak zdaje się to robić Odwołujący – że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę zawsze, gdy wykonawca nie wyjaśnia absolutnie każdego elementu kosztotwórczego i nie przedstawia dowodu na każde twierdzenie przedstawione w wyjaśnieniach, niezależnie od całokształtu tych wyjaśnień oraz obiektywnych uwarunkowań związanych z danym przedmiotem zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia cechuje się nieznacznym stopniem skomplikowania i stosunkowo nieskomplikowaną strukturą kosztów, a rozstrzygające znaczenie dla poziomu cenowego ma założenie dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, to trudno wymagać od wykonawców jakiegoś wyjątkowego poziomu szczegółowości wyjaśnień i dyskwalifikować wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów na każde twierdzenie w nich przedstawione. O ile wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelne, ujawniają przyjęte przez wykonawcę

założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. (...)

Automatyczne odrzucanie oferty w każdej sytuacji, gdy można wskazać jakiegokolwiek braki w materiale dowodowym załączonym do wyjaśnień, bez uwzględnienia ich istotności oraz bez wzięcia pod uwagę całokształtu wyjaśnień, prowadziłyby do eliminowania z postępowania korzystnych cenowo ofert, pozwalających jednocześnie na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Art. 225 ust. 1

90. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2299/21

W ocenie Izby, przedstawione powyżej okoliczności nie mogły prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Izba uznała, że dane wymagane art. 225 ust. 1 ustawy pzp nie stanowią treści oferty, a mają wyłącznie charakter informacyjny. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że art. 225 ust. 1 ustawy pzp nakłada na wykonawcę obowiązek poinformowania zamawiającego, że to zamawiającego będzie obciążało prawidłowe odprowadzenie stawki podatku VAT, wskazując jednocześnie nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego, wartość tego towaru lub usługi objętych obowiązkiem podatkowym zamawiającego bez kwoty VAT, a także wysokość stawki VAT, która zgodnie z wiedzą wykonawcy będzie miała zastosowanie. W takim przypadku, zamawiający celem porównania ofert, dolicza do przedstawionej w ofercie ceny podatek VAT, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z utrwalonym na gruncie art. 91 ust. 3a ustawy pzp z 2004 r. orzecznictwem Izby wykonawca jest zobowiązany podać taką informację w ofercie wyłącznie jeśli wybór jego oferty prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Zaznaczyć przy tym należy, że zmiana art. 91 ust. 3a ustawy pzp z 2004 r. w stosunku do art. 225 ust. 1 ustawy pzp sprowadza się wyłącznie do dodatkowego obowiązku podania przez wykonawcę stawki podatku VAT zgodnie ze swoją wiedzą.

Zauważyć należy, że wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT zgodnie z art. 225 ust. 1 ustawy pzp nie wiąże zamawiającego skoro wykonawca podaje tę informację zgodnie ze swoją wiedzą. Okoliczność ta w ocenie Izby przesądza o wyłącznie informacyjnym charakterze obowiązku z art. 225 ust. 1 ustawy pzp. Niewątpliwie obowiązek ustalenia właściwej stawki tego podatku obciąża zamawiającego, skoro to zamawiający jako nabywca usługi lub towaru (zamawiający), a nie usługodawca lub dostawca towaru (wykonawca), jest zobowiązany do rozliczenia i odprowadzenia podatku VAT. Dyspozycja art. 225 ust. 1 ustawy pzp nie zwalnia zamawiającego ze znajomości przepisów o podatku od towarów i usług, tym samym odpowiedzialność w zakresie ustalenia właściwej stawki podatku nie może zostać przerzucona na wykonawcę (tak też: wyrok KIO z dnia 10 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1654/19). Mając na względzie powyższe, aktualne pozostaje dotychczas wypracowane

stanowisko Izby o informacyjnym charakterze analizowanego obowiązku wykonawcy, którego niewypełnienie nie może prowadzić do odrzucenia oferty. (...)

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazania wymaga, że Przystępujący podał w ofercie wszystkie niezbędne dane, które pozwoliły Zamawiającemu na ustalenie właściwej stawki podatku VAT. Przede wszystkim, Przystępujący wskazał cenę ofertową netto, która jest stała i nie uległa zmianie na skutek doliczenia przez Zamawiającego do ceny oferty podatku. Zaznaczyć należy, że powiększenie ceny oferty o stawkę podatku VAT ma jedynie na celu porównanie złożonych w postępowaniu ofert. To cena ofertowa netto stanowi więc treść oferty Przystępującego, a nie informacja o powstaniu obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)

91. Wyrok z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt 1299/21

Skoro uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wykaz nie zawierał w poz. 1. adekwatnych i wystarczających informacji dla pozytywnego zweryfikowania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału, Zamawiający z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, którą zamiast tego bezprawnie wybrał jako najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na odwołanie przywołano liczne wypowiedzi z orzecznictwa co do znaczenia dla przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, aby ocena spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu została dokonana zgodnie z ich treścią wynikającą z ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji. Tymczasem Zamawiający, choć częściowo został wprowadzony w błąd, a częściowo nie otrzymał pełnych informacji od Przystępującego, pomimo załączenia do odwołania wyczerpujących dowodów, których w dodatku nie kwestionował, postanowił post factum dopasować rozumienie warunku udziału do sytuacji wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną. Takie postępowanie w oczywisty sposób nie tylko zaprzecza prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale również nie zapewnia przejrzystości tego postępowania, czyli narusza zasady, o których de lege lata mowa w art. 16 pkt 1-2 Pzp.

92. Wyrok z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3221/21

Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”.

W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek

dotyczący określonej sytuacji finansowej czy ekonomicznej należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego. Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”).” Mając na uwadze znaczenie warunków udziału w postępowaniu, ustawodawca przyjął, że ich spełnienie przez danego wykonawcę musi mieć miejsce już w dniu wyznaczonym na składanie ofert i trwać przez cały okres postępowania. Wymóg ten dotyczy każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, co jest m.in. wyrazem zachowania zasady równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. Konkluzja, iż wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert wynika z analizy przepisów zawartych w ustępach 1 i 3 art. 125 ustawy P.z.p. Wykonawca składa wówczas oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, które jest jednocześnie dowodem potwierdzającym tę okoliczność.

Z ustaleń dokonanych w sprawie na podstawie wskazanych wyżej dokumentów wynika, że odwołujący w dniu wyznaczonym na składanie ofert nie spełniał warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł. Tym samym złożone przez niego wraz z ofertą oświadczenie z dnia (...) w tym zakresie nie odpowiadało rzeczywistości. Bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że odwołujący w dniu (...) zawarł aneks do umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą ubezpieczeniową nr (...), z którego wynika objęcie ochroną ubezpieczeniową na wymaganych warunkach w okresie od (...). Zawarcie i przedstawienie takiego aneksu nie oznacza bowiem, że odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, lecz że ubezpieczyciel, na podstawie zawartego w dniu (...) aneksu, a zatem po terminie składania ofert, objął ochroną ubezpieczeniową okres poprzedzający moment zawarcia aneksu. Czynność ubezpieczyciela ma taki skutek, że – przy spełnieniu określonych ustawowo warunków (art. 806 § 2 K.c.) - materialny okres ubezpieczenia rozpoczyna się przed formalnym początkiem okresu ubezpieczenia, co w niniejszym przypadku oznacza, że w dniu (...) formalny okres ubezpieczenia na warunkach wymaganych w s.w.z. jeszcze się nie rozpoczął, natomiast materialny został wykreowany przez dokonaną później czynność prawną. Nie jest to równoznaczne ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Argumentacja odwołującego dotycząca aktualności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego nie znajduje w rozpoznawanej sprawie zastosowania. Podkreślić należy, że ustawa P.z.p. w art. 126 i 128 ust. 2 wymaga od wykonawcy przedłożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia. Aktualność tę należy rozumieć jako potwierdzenie stanu faktycznego istniejącego w dniu złożenia dokumentu, nie zaś w okresie wcześniejszym. Przyjęcie innej argumentacji w niniejszej sprawie nie może się ostać. Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą brak ten później usunąć przez swego rodzaju „konwalidację”, byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 ustawy P.z.p., naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż w do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i – tym samym – niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

93. Wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21

Podkreślić więc po pierwsze należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku. Dokument referencji nie musi też wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należyście, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub usług. Zauważyć należy, że przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 kodeksu cywilnego staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności. Dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia o należytych wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c)

94. Wyrok z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2934/21

Dla ustalenia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp znaczenie ma ocena, czy faktycznie złożone przez niego oświadczenie w formie JEDZ-a obarczone jest błędami, czy brakami, które powodują, że dokument ten nie

może zostać zakwalifikowany jako dowód potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, tymczasowo zastępujący podmiotowe środki dowodowe (patrz art. 125 ust. 3 ustawy Pzp). Z treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający nie dokonał oceny charakteru, rodzaju i skutków stwierdzonych przez siebie braków złożonego JEDZ-a z punktu widzenia wskazanych w ustawie Pzp celów złożenia tego dokumentu. Nie stwierdził, że uchybienia w złożonych przez Odwołującego dokumentach skutkują niemożnością potwierdzenia przez wykonawcę braku podstaw wykluczenia z postępowania czy spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, uchybienie Odwołującego niewątpliwie miało miejsce, zarówno w zakresie formalnych błędów w dokumencie JEDZ jak i braku odpowiedzi na pismo Zamawiającego, jednakże skutki takich uchybień nie kwalifikują się jako postawa do odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu. W dokumentach złożonych przez Odwołującego tj. ofercie, oświadczeniach i dokumencie JEDZ znalazły się wszystkie informacje wymagane w treści JEDZ-a (wskazanie części zamówienia, której dotyczy oferta oraz informacja w jaki sposób można pobrać KRS z bezpłatnej bazy danych). Dokumenty te winny być czytane przez Zamawiającego łącznie jako jedno oświadczenie woli wykonawcy w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie na podstawie pojedynczych oświadczeń czy uchybień wykonawcy, bez analizy ich wpływu na spełnienie wymogów merytorycznych postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu, jest, zdaniem Izby, sankcją nieproporcjonalną i nadmierną.

95. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3320/21

Wskazać w tym miejscu należy na brzmienie § 8 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy, i technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), zgodnie z którym: „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem; (...)”. W ocenie Izby pojęcie „informacji banku” należy interpretować szeroko, ponieważ przepis ten nie precyzuje formy, jaką przybrać ma informacja banku. Nie jest powiedziane wprost, że ma mieć ona postać dokumentu wystawionego przez pracownika banku oraz że dokument ten ma być podpisany. Nie jest również przesądzone, że ma to być dokument bankowy w rozumieniu ustawy Prawo bankowe, jak wywodzi Odwołujący. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego dotyczącego klauzuli, jaką jest opatrzony wydruk zawierający „Listę operacji”. Z treści tej klauzuli wynika, że lista nie jest dokumentem w rozumieniu art. 7 ustawy Prawo bankowe, ponieważ operacje można samodzielnie edytować. W ocenie Izby informacja banku nie musi

być dokumentem w rozumieniu ustawy Prawo bankowe, ponieważ nie wynika to z brzmienia §8 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Tezy stawiane przez odwołującego są w ocenie Izby zbyt daleko idące. Art. 7 prawa bankowego, jak wynika z jego treści dotyczy oświadczeń woli oraz operacji bankowych, czym nie mamy w ocenie Izby do czynienia w tej sprawie. Należy ponadto odróżnić sytuację, w której wykonawca powołuje się na posiadane środki finansowe (słusznie wskazał Przystępujący, że jest to oświadczenie wiedzy, tj. stwierdzenie faktu ile środków znajduje się na rachunku bankowym), od sytuacji gdy wykonawca powołuje się na swoją zdolność kredytową, ta bowiem badana jest przez bank i jest to oświadczenie dotyczące tego jaki kredyt w danym banku może zaciągnąć wykonawca. (...) w ocenie Izby złożony dokument, tj. „Lista operacji” mieści się w pojęciu „informacji banku”, o której mowa w § 8 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

96. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3299/21

Przedmiotem zarzutu Odwołującego było to, że Przystępujący, zamiast wymaganej karty katalogowej producenta lub prospektu złożył oświadczenie w imieniu producenta, którego Zamawiający nie dopuścił w treści specyfikacji warunków zamówienia i, przede wszystkim, w ramach interpretacji (wyjaśnienia) treści specyfikacji. Dodatkowo oświadczenie to zostało podpisane przez X, co do którego nie wykazano umocowania do reprezentowania spółki Y, przez co oświadczenie to jest nieważne. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, w zakazie potwierdzania parametrów oświadczeniem chodziło mu o to, by parametry nie były potwierdzane tylko przez krótkie wskazania, że urządzenie dany parametr spełnia. (...) W rozdziale IV specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wymaga przedstawienia przez wykonawców kopii karty katalogowej producenta (prospektu), w którym został zaznaczony oferowany asortyment i podane zostały parametry techniczne wymienione w załączniku nr 2 do SWZ. Problemem tego wymogu jest jednak zdefiniowanie, czym konkretnie jest karta katalogowa i prospekt. Zgodnie z definicją „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl „prospekt” to „broszura lub ulotka zawierająca tekst informacyjno-reklamowy”. Natomiast karta katalogowa (≈ karta produktu ≈ karta techniczna) to zbiór informacji, które będą użyteczne dla osoby potencjalnie zainteresowanej kupnem towaru; dokument informacyjny, który zawiera takie dane jak parametry techniczne oraz właściwości fizykochemiczne produktu, jego przewidywane zastosowanie, ewentualnie zalecany sposób przetwórstwa oraz warunki bezpiecznego magazynowania i transportu. Oba te dokumenty mogą też zawierać zdjęcia lub rysunki albo inne wizualizacje produktów, których dotyczą. Cechą charakterystyczną powyższych dokumentów jest, że są opatrzone logiem lub nazwą wystawcy, lecz nie są sygnowane. Przystępujący kwestionowany dokument nazwał specyfikacją techniczną, a producent „Statement”. Z prawnego punktu widzenia wszystkie te dokumenty można zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy. Przy czym kwestia ich nazewnictwa jest kwestią umowną i płynną, trudno więc stwierdzić konkretnie, czym się różni czy powinna różnić „karta katalogowa” od „specyfikacji technicznej” i jaki powinien być

stopień szczegółowości czy wygląd każdej z nich. W erze dokumentów elektronicznych, kiedy posługiwanie się tradycyjnymi, drukowanymi katalogami jest już mało powszechne (zwłaszcza przy składaniu ofert elektronicznych), tym trudniej odróżnić od siebie te dokumenty i ich nazewnictwo zależy wyłącznie od woli wystawcy lub odbiorcy. Przy czym z praktyki wynika, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia zamawiający często stosują wymóg dotyczący przedstawienia „karty katalogowej” jako ogólny wymóg przedstawienia dokumentu, który będzie pochodził od producenta i zawierał dane techniczne i inne informacje o produkcie, ewentualnie także jego zdjęcia/wizualizacje, przy czym nazwa tego dokumentu jest wtórna – może on być nazwany kartą produktu, kartą techniczną, specyfikacją techniczną czy folderem informacyjnym. Y wystawiony przez siebie dokument nazwał „Statement”, co, według słownika, można przetłumaczyć jako: komunikat, oświadczenie, wypowiedź, zdanie, deklaracja, instrukcja, wyrażenie, wykaz, wyciąg, twierdzenie, rozkaz, zeznanie, stwierdzenie, raport, sprawozdanie, podanie, orzeczenie. Przystępujący niefortunnie, w tych okolicznościach sprawy (tj. wobec wyjaśnień specyfikacji warunków zamówienia), przetłumaczył to jako „Oświadczenie”. W oświadczeniu Y z 18 listopada 2021 r., przedstawionym przez Przystępującego podczas rozprawy, przedstawiciele spółki nazwali powyższy dokument „prospectus” i wskazali, że deklaracje tego typu są standardowym, stosowanym przez spółkę sposobem informowania o cechach, funkcjonalnościach i parametrach technicznych produktów w przypadku, gdy informacje tego typu nie są pokrywane w innych materiałach informacyjnych spółki – jako uzupełniające prospekty informacyjne („supplemental prospectuses”). W oświadczeniu dodatkowo wskazano, że według standardowej praktyki tego typu materiały (karty katalogowe, foldery i inne prospekty) nie są podpisywane, a uwiarygadnia je samo logo spółki – natomiast pan X posiada uprawnienia do wystawiania dokumentów tego typu, co zostało ujawnione w rejestrze handlowym spółki (którego wydruk również przedstawił Przystępujący). Jak więc wynika z powyższego, kwestia nazewnictwa dokumentu jest kwestią umowną i zależy wyłącznie od woli wystawcy wynikającej z danych okoliczności: Przystępujący nazwał plik specyfikacją techniczną, spółka Y „Statement” ale, gdy było to dla niej wygodne – „prospectus”. (...) Zamawiający w wyjaśnieniach z 6 i 14 września 2021 r., na propozycję przedstawienia dokumentów zamiennych w postaci: oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela/dystrybutora producenta, oświadczenia wykonawcy posiadającego pisemną autoryzację producenta lub oświadczenia wykonawcy, producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, odpowiedział, iż podtrzymuje postanowienie specyfikacji warunków zamówienia. Z drugiej strony jednak – jak wskazano w samych pytaniach do specyfikacji warunków zamówienia i co nie było sporne podczas rozprawy – w standardowo sporządzanych kartach katalogowych/prospektach czy nawet specyfikacjach technicznych (które w praktyce są bardziej szczegółowe niż karty katalogowe/prospekty), nie ma wszystkich i dokładnie takich informacji, jakich wymagał Zamawiający w tym postępowaniu. Wymagania Zamawiającego należało jednak w jakiś

sposób wypełnić. Zatem, aby spełnić te wymagania, wykonawca lub producent musiał przygotować dodatkowy dokument odnoszący się wprost do parametrów wymienionych w załączniku nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący postąpił tak samo, jedynie zgrabniej od Przystępującego nazwał przedstawione dokumenty. Nie zmienia to sytuacji, że każdy z tych dokumentów jest jednak oświadczeniem producenta, także karta katalogowa i prospekt, różni je tylko nazwa. Tym samym, w ocenie Izby, istotne jest, jaką treść dokument taki zawiera i czym miałyby się różnić w swojej treści od karty katalogowej/prospektu (gdyby oczywiście zawierały one te dane, których nie zawierają), a także to, że wykonawca w jakiś sposób musiał spełnić wymagania Zamawiającego, który doprowadził do sytuacji, w której jednocześnie wymagał „jedynie” kart katalogowych i przedstawienia szeregu bardzo szczegółowych informacji, których one nie zawierają.

Art. 226 ust. 1 pkt 3

97. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21

Odwołujący uznał, że skoro przystępujący przedstawił w formularzu ofertowym w poz. 1 – 6 ceny kosztorysów ofertowych pomniejszone o 10%, to doszło do złożenia oferty z dwiema cenami. W ocenie Izby takie twierdzenie jest nieprawidłowe. Z formularza ofertowego przystępującego wynika w sposób w ocenie Izby nie budzący wątpliwości, że przystępujący uznawał za podstawę obliczenia ceny ofertowej ceny ujawnione w kosztorysach, jednakże zdaniem Izby wykonał nieprawidłowe obliczenia w celu dojścia do ceny całkowitej oferty. Gdyby przystępujący wykonał obliczenia prawidłowe, wówczas nie doszłoby do zarzucanej przez odwołującego rozbieżności. Popętnienie omyłki w obliczeniu ceny, czy to polegającej na oczywistej omyłce rachunkowej, czy też innej omyłki jak w tym przypadku polegającej na podstawieniu cen do wzoru matematycznego nie wynikającego z treści SWZ, w ocenie Izby nie jest działaniem niezgodnym z ustawą. Tym samym nie można zamawiającemu przypisać naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy, zwłaszcza, że sam ustawodawca w art. 223 ustawy wyraźnie wskazał, że nie jest niezgodne z ustawą dopuszczenie się przez wykonawcę omyłek, przeciwnie dopuścił ich poprawę.

98. Wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21

Przepisy obowiązującej ustawy - inaczej niż art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych obowiązującego do 31 grudnia 2020 r. - nie wskazują *expressis verbis* wymagań związanych z zachowaniem formy elektronicznej. Jednak dla wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, który zobowiązany jest do zachowania należytej staranności obejmującej znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstw w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1993 r. II CRN 77/93, OSNC 1993/3/69), dokonanie ustalenia w tym zakresie nie powinno nastręczać trudności. Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi bowiem, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy

z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 78¹ § 1 k.c. wskazuje, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Natomiast zgodnie z art. 73 k.c. czynność prawna dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73), dalej jako „rozporządzenie eIDAS”, „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Pkt 14 tego przepisu stanowi, że „certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby. Stosownie natomiast do pkt 15 „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania. Zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji. Z przywołanych przepisów jasno wynika, że przyjęcie oświadczenia opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wymaga walidacji podpisu w celu stwierdzenia skuteczności złożenia oświadczenia. Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 14 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700), profil zaufany oznacza środek identyfikacji elektronicznej zawierający zestaw danych identyfikujących i opisujących osobę fizyczną, który został wydany w sposób, o którym mowa w art. 20c. Zgodnie z art. 20aa wskazanej ustaw, profil zaufany umożliwia podmiotom publicznym uwierzytelnienie osoby fizycznej, zaś profil osobisty zapewnia możliwości opatrzenia dokumentu elektronicznego podpisem zaufanym. Podpisanie zatem pliku przez ePUAP umożliwia potwierdzenie tożsamości jego posiadacza, w usługach publicznych i pozwala na podpisywanie pism, kierowanych do podmiotów publicznych, w postaci elektronicznej, wskazując na określoną osobę, jej konto i czas dokonania tego podpisu. Oba podpisy służą do podpisywania elektronicznego, jednak ich przeznaczenie i moc prawna nie są tożsame. Kwalifikowany

podpis elektroniczny korzysta z domniemań ustanowionych przez ustawodawcę i jest szczególną formą podpisu zaawansowanego, o określonych wymaganiach technicznych i organizacyjnych. W konsekwencji uchybienie wymogowi opatrzenia w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oferty, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, powoduje, że oferta jest nieważna nie jest to bowiem oświadczenie złożone w formie elektronicznej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Tym samym oferta taka musi zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako niezgodna z przepisami prawa. Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako nieważnej na podstawie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących formy elektronicznej i nie naruszył art. 63 Pzp. (...)

Brak podpisania oferty za pomocą kwalifikowanego podpisu nie może być konwalidowany. Uzupełnienie takiego braku, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może być dokonane w oparciu zasady słuszności. Izba podziela pogląd zamawiającego, że postanowienia ustawy dotyczące postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, nie odwołują się do zasad słuszności czy dobrych obyczajów handlowych. Konstrukcja ustawowa procedura udzielenia zamówienia stanowi ciąg uporządkowanych czynności sukcesywnie dokonywanych przez zamawiającego. Ścisłe przestrzegane przepisów ustawy nie jest wyrazem biurokratyzmu, ale ma na celu zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przepisy Pzp w sposób bezwzględnie obowiązujący zastrzegły dla ofert i innych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne formę elektroniczną. Zamawiający dobrowolnie i z korzyścią dla wykonawców zawarł wymagania co do formy oferty w SWZ. Działania zamawiającego, których domaga się odwołujący, zmierzające do uzupełnienia lub konwalidacji oferty złożonej bez zachowania ustawowej formy stanowiłoby rażące naruszenie ustawy.

Art. 226 ust. 1 pkt 5

99. Wyrok z dnia 4 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 1028/21

Wskazania wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej.

Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

100. Wyrok z dnia 8 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1723/21

W świetle § 5 ww. rozporządzenia, środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem art. 20 ust. 3 ustawy Pzp), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozdzielalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę tłumaczenia środka dowodowego. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego i jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

101. Wyrok z dnia 9 września 2021 roku, sygn. akt KIO 2520/21

Zasadniczy wpływ w ocenie składu orzekającego Izby do przyjęcia, iż mamy do czynienia z elementem treści oferty, decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rola ta jest precyzowana przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i samej treści SWZ. Następnie ustalenia wymaga z jakiego rodzaju niezgodnością mamy do czynienia w przypadku sporządzenia danego dokumentu w sposób odmienny od oczekiwanego przez zamawiającego lub z oceną w jakim zakresie treść złożonego oświadczenia pozostaje w kolizji z treścią SWZ. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał ujęcia wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty). Przy czym sformułowania „ujęcie” nie należy zdaniem składu utożsamiać z przeniesieniem opisu pozycji do kosztorysu ofertowego (podejście formalne prezentowane przez Odwołującego) ale z „faktycznym ujęciem” elementów opisu przedmiotu zamówienia, czyli wycenieniem pozycji opisanych przez Zamawiającego, innymi słowy zaoferowaniem wykonania tego fragmentu przedmiotu zamówienia. Samo przeniesienie opisu pozycji przedmiarowych do kosztorysu nie oznacza jeszcze, że wykonawca dany element oferuje. Zaoferowanie wykonania danego elementu następuje w momencie, kiedy wykonawca złoży oświadczenie jakiego wynagrodzenia za tę część oczekuje, to bowiem zaoferowanie odpłatnego świadczenia jest istotą zamówień publicznych.

O niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ można mówić w przypadku pominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego. (...)

Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. Niewątpliwie zakres ten winien być zgodny z opisaniem w treści SWZ. Nie ulega wątpliwości zdaniem Izby, iż w przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych za merytoryczną treść oferty należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SWZ.

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, a z takim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował, każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Jeżeli podstawą wyliczenia wynagrodzenia jest zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów (przedmiar robót - kosztorys ofertowy) niezależnie od sposobu rozliczenia na etapie realizacji mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, tj. wyliczonym w oparciu o kosztorys ofertowy. (...)

Kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o przedmiar robót zawierają informacje odnoszące się do ilościowego zakresu robót, tj. dookreślają przedmiot zamówienia pod względem wielkościowym. Obrazują one również sposób wyceny przez wykonawcę danego zakresu przedmiotowego. Biorąc pod uwagę formę i treść przekazanego wraz z SWZ przedmiaru robót, za zasadnicze jego elementy należało uznać opisy pozycji kosztorysowych, ilość jednostek miar dla poszczególnych pozycji oraz jednostki miar z nimi związane i cenę netto za wykonanie określonego rodzaju robót, a zatem te zasadnicze elementy winien zawierać dołączony do oferty kosztorys ofertowy. Tym samym za kosztorys szczegółowy

w ramach niniejszego postępowania należy uznać kosztorys odpowiadający co do zawartych w nim informacji przedmiarowi robót.

102. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3020/21

Aby zamawiający mógł zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi wskazać w sposób jasny i precyzyjny na czym konkretnie taka niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi merytorycznymi wymaganiami zamawiającego. Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Ustawodawca bowiem umożliwia wezwanie wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty przed jej odrzuceniem przez zamawiającego. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ w warstwie merytorycznej. Izba podkreśla, że uchybienia o charakterze formalnym, które nie wpływają na zakres jak i sposób wykonania zobowiązania określony pierwotnie w treści oferty wykonawcy nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

103. Wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3211/21

Bezspornym jest, że Zamawiający w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) wskazał, że „do oferty należy dołączyć Harmonogram prac dla całego zakresu wykonany w programie MS Project.”. Bezspornym jest także, że analogicznego postanowienia nie zamieścił w SWZ – rozdziale dotyczącym tego jak należy przygotować ofertę i jakie dokumenty wraz z ofertą należy złożyć. Co więcej w rozdziale dotyczącym „Przedmiotowych środków dowodowych” podał „Nie dotyczy”. Tym samym przekazując wykonawcom informację, że w postępowaniu nie wymaga się od wykonawców złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych. Treść SWZ jest w tym zakresie jednoznaczna. Wobec tego należy rozważyć czy ten dokument może być uznany za przedmiotowy środek dowodowy. Takiego charakteru nie przypisuje mu SWZ. Przeciwnie, SWZ jednoznacznie wskazuje na brak żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. (...) Środki dowodowe muszą więc pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia, a konkretnie wymaganiami postawionymi w dokumentach zamówienia. W przypadku Harmonogramu wskazanego w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) cel złożenia tego dokumentu nie został nigdzie wyartykułowany, jak również nigdzie nie podano o potwierdzenie jakich wymagań chodzi. (...) Tak więc w tym konkretnym postępowaniu wobec braku wskazania Harmonogramu prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia nie można

tego dokumentu uznać za żądany zgodnie z przepisami ustawy Pzp przedmiotowy środek dowodowy. Takiego charakteru temu dokumentowi Zamawiający bowiem nie nadał. Istotnie żądanie złożenia takiego dokumentu pojawiło się w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) jednak nie może być ono rozpatrywane w oderwaniu do projektu umowy, w którym pojawiają się dwa harmonogramy, tj. Harmonogram Prac i Płatności oraz Szczegółowy Harmonogram Prac i nie ma w nim mowy o Harmonogramie prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project. Niespójność czy też niedokładność dokumentów zamówienia, a w tym stanie faktycznym z taką sytuacją mamy do czynienia, należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy.

104. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3276/21

Sporne między stronami pozostawało natomiast to, czy Przystępujący zaoferował licencję na oprogramowanie według warunków standardowych, które nie spełniają wymogu Zamawiającego, czy na warunkach zmodyfikowanych, spełniających ten wymóg. Izba podkreśla, że treść oferty wykonawcy musi w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia. W przedmiotowym przypadku dotyczy to okresu na jaki została udzielona licencja na oprogramowanie. Jeżeli więc Przystępujący zaoferował licencję na oprogramowanie o zmodyfikowanych warunkach w stosunku do licencji standardowej, która przed modyfikacją nie spełniał wymagań Zamawiającego natomiast w wyniku modyfikacji wymagania te będzie spełniała, to winien tą informację wyraźnie wskazać w ofercie, w celu umożliwienia Zamawiającemu jednoznacznej oceny oferowanego produktu. Podkreślenia wymaga, że w treści oferty złożonej Zamawiającemu, Przystępujący nie wskazał, że oferuje licencję na oprogramowanie na zmodyfikowanych warunkach, co oznacza, że Przystępujący zaoferował licencję na warunkach typowych, standardowych, licencji terminową, niezgodną z warunkami zamówienia.

105. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca pominął funkcjonującej w starej ustawie w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wyłączenie z obowiązku odrzucenia tj. sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy”. Jednak brak takiego zastrzeżenia nie powoduje, że zamawiający został zwolniony z obowiązku analizy, czy niezgodność treści oferty jest wynikiem omyłki, która nadaje się do poprawienia, czy też nie. Gdyby przyjąć restrykcyjne podejście, że każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia stanowi podstawę odrzucenia, to przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy byłby przepisem martwym, co z kolei nie daje się pogodzić z postulatem racjonalnego ustawodawcy. Nadto trzeba także wziąć pod uwagę definicję słownikową pojęcia „warunki zamówienia” określonej w art. 7 pkt. 29 ustawy, zgodnie z którą warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie

zamówienia publicznego. W ocenie Izby niezastosowanie się do wzoru wyliczenia ceny nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, ani wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, ani także postanowieniami umownymi. Może być pośrednio związany z kryteriami oceny ofert, gdyż dotyczy ceny jako jednego z kryterium, jednak w ocenie Izby nie przesądza to o braku możliwości jego poprawienia, zwłaszcza, że ustawodawca dopuszcza choćby poprawę oczywistych omyłek rachunkowych i uwzględnienia konsekwencji tej poprawy. Zatem sam fakt, że poprawa miałaby dotyczyć ceny ofertowej jako elementu kryterium oceny ofert, w ocenie Izby nie powoduje niedopuszczalności poprawy, ani nie pozwala na ocenę, że treść oferty jest niezgodna z treścią warunków zamówienia. Izba ponownie podkreśla, że odwołujący nie kwestionował prawidłowości obliczenia cen kosztorysów ofertowych, nie podnosił braku wyceny elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, czy ich wyliczenia w ilości nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia. Tym samym istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się wyłącznie do tego jak należało rozumieć polecenie zamawiającego obliczenia ceny poz. 7 jako 10 % sumy poz. 1 – 6. Izba zatem nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

106. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3333/21

(...) w ramach wykonania zamówienia wykonawca ma odpady powstające w gminie odebrać ze wskazanych miejsc i dopilnować, aby zakończyły swój byt zgodnie z wymaganiami prawa. Niewątpliwie w tym celu – weryfikacji, jaki będzie dalszy los odebranych odpadów i czy będzie on zgodny z wymaganiami prawa – Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali w ofertach instalacje, do których zostaną przekazane odpady (a przynajmniej taki powinien być jego racjonalny cel żądania owego oświadczenia). Oczywiście drugim efektem, zwłaszcza w kontekście zarzutu nr 2, jest możliwość weryfikacji ceny oferty, na którą koszt zagospodarowania odpadów w instalacji ma znaczący wpływ. Sposób zagospodarowania odpadów, tj. jak wyjaśnił Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia – poddania ich odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem – jest kluczowym elementem świadczenia wykonawcy w tym zamówieniu, nie tylko ze względów ekologicznych, ale także dlatego, że jest on dość ściśle regulowany przepisami prawa, a z tego powodu stanowi bezpośredni cel prowadzenia rzeczowego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym kluczowe jest też, by odbyło się to w odpowiedniej instalacji, zgodnie z prawem. Zatem na etapie oferty oświadczenie dotyczące proponowanych instalacji nie jest nieznaczące i jedynie czysto „informacyjne”, lecz – jak słusznie zauważył Odwołujący – wskazuje na deklarowany sposób realizacji świadczenia i służy do weryfikacji, czy ten deklarowany sposób realizacji zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego oraz wymogami prawa. (...) Zamawiający żądał tu wskazania „instalacji”, a więc docelowego miejsca przyjęcia odpadów do zagospodarowania (zakończenia ich bytu), a nie jakiegokolwiek pośrednika, którego podanie jeszcze nie wskazuje na końcowy los odbieranych odpadów.

107. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3337/21

W analizowanym stanie faktycznym, Izba zauważa, że zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał dostarczenia kart katalogowych proponowanych opraw. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych innych dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze SWZ, opierając się w tym zakresie na oświadczeniu wykonawcy składanemu w formularzu oferty, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SWZ. Takie oświadczenie Przystępujący złożył. Potwierdził, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zawartymi w SWZ, a tym samym wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze wymaganiami wskazanymi w SWZ. Dalej Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że Przystępujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową oprawy X. Dokument ten został złożony przez wykonawcę pomimo braku takiego wymagania w SWZ. Wykonawca wyjaśnił, że celem złożenia karty katalogowej było umożliwienie Zamawiającemu zapoznania się z oprawami jakie zamierza zamontować w ramach realizacji zamówienia. Na podstawie informacji zawartych w karcie katalogowej, Odwołujący obecnie twierdzi, że oferowany przez wykonawcę oprawy nie spełniają wymagań wsadzanych w SWZ w zakresie mocy. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, zgodnie ze SWZ Zamawiający oceniał zgodność oferowanego produktu wyłącznie na podstawie oświadczenia. Takie oświadczenie Przystępujący złożył. Po drugie, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniem Odwołującego, złożone przez Przystępującego karta katalogowa nie potwierdza, iż oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia jest niezgodny z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Złożona przez Przystępującego karta katalogowa ma charakter informacyjny, co potwierdza jej treść. Izba zauważa, że podane w karcie katalogowej moce opraw oraz strumienie świetlne mają charakter przykładowy o czym świadczy zapis „podane parametry są przykładowe”, „możliwość dostosowania mocy i strumienia świetlnego optymalnie do projektu”. To zdaniem Izby oznacza, że producent przewiduje możliwość indywidualnego dobierania opraw i ich mocy do zapotrzebowania klientów. Przystępujący w złożonej ofercie wpisał dedykowane moce opraw jakie zamierza zamontować, które pokrywają się z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie niezgodności oferowanych opraw LED przez Przystępującego z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Przypuszczenia zaś Odwołującego oparte na karcie katalogowej, która ma charakter poglądowy i zgodnie z którą możliwe jest indywidualny dobór produktów dla klienta, nie jest wystarczającym dowodem na odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. (...) Należy zauważyć, że wykonawca może kwestionować zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w SWZ. W tym celu wykonawca musi jednak wykazać obiektywną niemożność wykonania przez oferenta świadczenia określonego w ofercie zgodnie z wymogami SWZ. Takich okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Art. 226 ust. 1 pkt 7

108. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2735/21, KIO 2747/21

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyroku Izby z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17). O tego rodzaju czynie nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) można mówić również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny.

109. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3205/21

W związku z powyższym należy zauważyć, że zamawiający dopiero na rozprawie wskazał, że jego zdaniem odwołujący zaniżył ceny w pozycjach 67, 68, 69 i 101 objęte stawką VAT w wysokości 23% i zawyżył cenę w pozycji 22 (kwiat) objętej stawką VAT w wysokości 8%. W ocenie zamawiającego miałyby to stanowić manipulację cenową polegającą na przerzuceniu kosztów z pozycji 67, 68, 69 i 101 do pozycji 22 i uniknięciu zapłaty wyższego podatku VAT. Niezależnie od oceny działań odwołującego w tym zakresie, przede wszystkim należy zauważyć, że powyższa argumentacja zamawiającego w ogóle nie znalazła się w piśmie z dnia 28.10.2021 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego. (...) Jest to istotne również w tym kontekście, że zamawiający wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen w ww. pozycjach, co oznacza, że dokonał badania tych pozycji pod kątem rażąco niskiej ceny. Brak wskazania w piśmie informującym o odrzuceniu oferty kwestii zaniżenia cen w ww. pozycjach i brak wskazania jako podstawy odrzucenia oferty art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, świadczy o tym, że zamawiający uznał ceny w tych pozycjach za realne i skalkulowane prawidłowo. (...) Zamawiający ograniczył się zatem do wskazania, że doszło do zawyżenia ceny w pozycji 22 w celu przerzucenia kosztów podatku VAT. W związku z tym należy wskazać, że jeżeli zamawiający nie ustali w swz sposobu obliczenia ceny oferty, wykonawcy mogą dokonywać kalkulacji ceny w wybrany przez siebie sposób. W niniejszej sprawie zamawiający wskazał w swz jedynie, że wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w cenie oferty koszt usług towarzyszących (np. transport, ubezpieczenie na czas transportu, załadunek, rozładunek itp.) i odwołujący się do tego dostosował, o czym świadczy treść jego

wyjaśnić. W pozostałym zakresie wykonawcy mogli więc skalkulować cenę oferty w odpowiedni dla siebie sposób. Samo zawyżenie ceny oferty odwołującego w pozycji 22 dotyczącej dostawy kwiatów (przy czym odwołujący twierdzi, że do zawyżenia nie doszło) nie świadczy o manipulacji cenowej uzasadniającej odrzucenie jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, dominujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przy dokonaniu każdorazowo indywidualnej oceny konkretnego stanu faktycznego, przyjmuje co do zasady, że do manipulacji cenowej dochodzi w przypadku zaniżania cen w jednych pozycjach i zawyżania w innych. Natomiast w tej sprawie zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że doszło do zniżenia kosztów jakichkolwiek pozycji. Po drugie, nie zachodzi przypadek z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż przepis ten dotyczy sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia, podczas gdy w przedmiotowej sprawie zamawiający zarzuca nie zniżenie, tylko zawyżenie ceny pozycji 22. Po trzecie, w myśl art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Zamawiający nie wskazał, na czym polega sprzeczność zawyżenia ceny oferty w pozycji 22 ani z dobrymi obyczajami, ani z prawem, w tym z ustawą VAT.

110. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3235/21

(...) w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca X, który wykonuje dokumentację projektową jako podwykonawca generalnego wykonawcy, tj. Y dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: Z, będzie działał w warunkach konfliktu interesów, a jego działanie narusza dobre obyczaje, tj. rzetelność, lojalność czy fachowość. Zauważyć należy, iż wykonawca X w ramach niniejszego zamówienia publicznego będzie m.in. weryfikował dokumentację projektową, którą wcześniej wykonał. Ten sam podmiot – X będzie oceniał jakość robót budowlanych wykonanych przez swojego partnera biznesowego, tj. Y w ramach zadania inwestycyjnego, jak również rozpatrywał roszczenia zgłoszone przez generalnego wykonawcę, w tym wydawał polecenia podmiotowi, na rzecz którego X wykonuje określone usługi projektowe w ramach tego samego przedsięwzięcia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy zatem do czynienia z połączeniem roli nadzorującego oraz wykonawcy dokumentacji projektowej w ramach jednego podmiotu, podczas gdy pożądaną winna być sytuacja, w której podmiot kontrolujący jest niezależny od podmiotu kontrolowanego, po to aby podmiot kontrolujący mógł działać w warunkach pełnej niezależności, nieskrępowanej relacjami biznesowymi z podmiotem kontrolowanym. Przyjęcie odmiennego stanowiska w ocenie Izby stanowiłoby w istocie zaprzeczenie idei kontroli, polegającej na sprawdzaniu działań czy też zaniechań innego podmiotu i mogłoby prowadzić do wypaczenia wyników kontroli z jednoczesną szkodą dla Zamawiającego. Podkreślić należy, iż powyższe ryzyka dostrzegł sam Zamawiający, który w treści specyfikacji wymagał, od przyszłego wykonawcy zamówienia, by Inżynier Kontraktu nie angażował się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi z umowy, jak również by Inżynier Kontraktu oraz wszystkie

podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, powstrzymali się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie umowy (pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia). Izba wskazuje, że Inżynier Kontraktu winien działać na rzecz Zamawiającego podczas realizacji niniejszego zamówienia publicznego oraz czuwać nad prawidłowym przebiegiem całej inwestycji. Tymczasem w tych warunkach X będzie znajdował się w sytuacji ciągłego konfliktu interesu: z jednej strony będąc powiązaniem gospodarczo i finansowo ze swoim partnerem tj. Y z którym współdziała przy realizacji zadania inwestycyjnego, z drugiej zaś strony świadcząc usługi kontroli na rzecz Zamawiającego w ramach, której X będzie weryfikował sam siebie w zakresie wykonanej dokumentacji projektowej, jak również poddając ocenie działania czy też zaniechania swojego partnera biznesowego. Takie działanie jest nieuczciwe i przekracza standardy rzetelnych zachowań stron w praktyce kontraktowej. Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując wyboru oferty X jako najkorzystniejszej naruszył fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wybór oferty X – podmiotu zaangażowanego w inne przedsięwzięcie - w tych okolicznościach faktycznych - nie daje gwarancji świadczenia usługi tej samej jakości, która zostałaby osiągnięta w przypadku wyboru oferty wykonawcy niepowiązanego biznesowo z generalnym wykonawcą robót budowlanych. Ponadto niesporne powiązania wykonawcy X z generalnym wykonawcą robót budowlanych już na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłączają możliwość przestrzegania obowiązków nałożonych na Inżyniera Kontraktu w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Wziąwszy pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy w ocenie Izby oferta wykonawcy X została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes Zamawiającego (klienta), przez co podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

111. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3300/21

Odwołujący manipulację ceną oferty dostrzegając w zawyżeniu ceny za wykonanie poz. 1.2. „Podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy”, w celu ukrycia zaniżenia innego kosztu w pozycji ofertowej, to nie wskazał w których pozycjach ofertowych koszty zostały zaniżone. Nie sposób również uznać, by w okolicznościach tej sprawy doszło do „przerzucania kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami tabeli elementów scalonych służącego wykorzystaniu bilansu kryteriów oceny ofert celem uzyskania w danym kryterium maksymalnej liczby punktów, skoro w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert była cena globalna oferty. Kolejno Izba wskazuje, iż Zamawiający nie zawarł w specyfikacji warunków zamówienia żadnych wytycznych dotyczących sposobu wypełnienia tabeli elementów scalonych zawartej w formularzu oferty, w tym nie wskazał jakie konkretnie prace budowlane winny zostać uwzględnione

w poszczególnych pozycjach tabeli. Ponadto z opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż „przedmiary mają charakter orientacyjny, odpowiedzialność za rzetelną wycenę Przedmiotu Zamówienia spoczywa na Wykonawcy. Jeżeli dane rozwiązanie zostało wskazane w dokumentacji przetargowej, a nie zostało przedstawione w przedmiarach, nie oznacza, że nie wchodzi w zakres Przedmiotu Zamówienia.” W tym miejscu zauważyć należy, że Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Przystępującego, który akcentował, iż nie można odnosić poszczególnych pozycji zawartych w tabeli elementów scalonych do pozycji kosztorysowych, ponieważ cena wynikająca z danej pozycji tabeli zawiera w sobie szereg pozycji kosztorysowych składających się na wykonanie określonego zakresu prac ujętego w tabeli. Zwrócić również należy uwagę, iż Odwołujący nie odniósł się do twierdzeń Przystępującego, że pozycja 1.2 tabeli elementów scalonych jest jedyną pozycją wyszczególnioną w formularzy oferty zawierającą w swojej nazwie określenie „Podłoża pod posadzki”, co zdaniem Przystępującego oznaczało, że należy w niej ująć także inne, niewykonane dotychczas warstwy, które składają się na wykonanie podłoży pod warstwy posadzkowe, a których do wykonania pozostała znaczna ilość. Mając na względzie powyższe zdaniem Izby nie sposób dojść do przekonania, by w tych warunkach złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na naruszeniu dobrych obyczajów poprzez „przerzucanie kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami tabeli elementów scalonych w celu uzyskania najwyższej punktacji w danym kryterium oceny ofert, czy też poprzez nieuprawnione „zaliczkowanie” innego zakresu prac realizowanych na późniejszym etapie zamówienia w wyniku rażącego zawyżenia wyceny poz. 1.2 tabeli elementów scalonych.

112. Wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3376/21

W pierwszej kolejności Izba uznała, że de facto Przystępujący przyjął strukturę organizacyjną wypełniającą przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913) /działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy/ z uwzględnieniem art. 3 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913) stworzył bowiem sztuczny byt konsorcjum na potrzeby tylko tego i innych postępowań złożone z tak dobieranych spółek aby pozwalało im to na korzystanie ze zwolnienia z podatku VAT w oparciu o art. 113 ust.1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.). Miała ta procedura nie charakter jednorazowy, ale trwający od lat i powtarzała się w różnych konfiguracjach. Podobnie w wyroku S.O. w Warszawie z 29.05.2015 r., sygn. akt: KIO XXIII Ga 586/15. Izba uznała, że argumentacja Przystępującego, iż konsorcjum zostało stworzone na potrzeby wniesienia wadium w określonej wysokości i zabezpieczenia należytego wykonania umów w formie gwarancji, za nieprzekonywujące i zupełnie niewiarygodne. W tym zakresie podkreślając, że dowody złożone na tą okoliczność przez Przystępującego na rozprawie nie mają charakteru przesądzającego, gdyż opierają się na danych wpisanych we wniosku kierowanym do

ubezpieczyciela. Przy czym nawet opierając się na nich należy uznać, że wystarczyłoby utworzenie konsorcjum składającego się z 3 a nie z 6 podmiotów. W każdym razie Izba odrzuca przytoczoną powyżej argumentację Przystępującego, uznając, że została przygotowana tylko i wyłącznie na potrzeby rozprawy, przyjmując, że wykonawca tak dobierał ilość spółek, aby dostosować ich ilość do wartości przedmiotu zamówienia, tzn. tak aby osiągnąć możliwość zastosowania zwolnienia podatkowego do 200 000 zł (...).

Art. 226 ust. 1 pkt 8

113. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2249/21

Jak wynika z powyższych regulacji, w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot

bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli np. na poziomie budzącym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ – tak jak miało to miejsce w niniejszym przypadku.

114. Wyrok z dnia 23 września 2021 r., sygn. akt KIO 2541/21

Izba w przeważającym zakresie przyjęła za własną argumentację zamawiającego i wyszła z założenia, że badanie pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także w przypadku, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne części składowe, a istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. W omawianym przypadku ceny jednostkowe nie były jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełniły funkcję samodzielnych cen rozliczeniowych, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi ma być naliczane wynagrodzenie dla wykonawcy. Wobec tego, to również ceny jednostkowe powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny. (...) W dokumentach zamówienia znajdowało się postanowienie o ryczałtowym charakterze ceny – ale z uwagi na to, że w formularzu ofertowym zamawiający posługiwał się zarówno cenami jednostkowymi jak i ceną łączną, a we wzorze umowy wskazane były ceny jednostkowe i maksymalna łączna cena – ryczałtowy charakter ceny – należało przyjąć, że zamawiający słusznie przypisał cenom jednostkowym istotne znaczenie przy rozliczeniu wynagrodzenia, czego skutkiem powinno być zweryfikowanie czy każda z cen jednostkowych oferty była realna, a wykonawca jest w stanie zrealizować za nią usługę w pełnym zakresie. Jednocześnie w takim systemie rozliczenia i wypłaty wynagrodzenia nie może być mowy o tzw. „przerzucaniu kosztów” między poszczególnymi pozycjami. W przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie były jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełniły funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które będzie naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych usług. Przewidzenie tego rodzaju ustalania wynagrodzenia wykonawcy co do zasady uprawniało i obliżowało zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia. Skoro zamawiający wymagał podania cen jednostkowych i na ich podstawie obliczona miała być wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych usług wchodzących w zakres zamówienia, to wycena takich usług miała charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez zamawiającego.

115. Wyrok z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2553/21

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż na poziom cen oferowanych w niniejszym postępowaniu może mieć wpływ dynamicznie zmieniająca się sytuacja na rynku robót podobnych do przedmiotu zamówienia tj. ograniczenie działalności przez X oraz likwidacja wydobywania przez czeskiego zamawiającego - koncern Y, prowadzącego działalność w pobliżu granicy z Polską. Sytuacja ta, jak obrazuje poziom cen oferowanych w niniejszym postępowaniu, wpływa na rezygnację przez wykonawców z dotychczasowego poziomu marż. Jak podnosił Zamawiający i na dowód czego przedstawił protokoły z przeprowadzonych w latach ubiegłych postępowań na analogiczne roboty, dotychczas zainteresowanie wykonawców prowadzonymi postępowaniami było znikome (na cztery przeprowadzone postępowania w trzech złożono po jednej ofercie, a w jednym wpłynęły dwie oferty), tak więc zmiany na rynku wpływają również na liczbę składanych ofert i zwiększenie konkurencji.

Izba zauważa również, iż chociaż dowodzenie w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub na zamawiającym gdy wykonawca składający ofertę takim uczestnikiem nie jest, to odwołujący twierdzący, że oferta przeciwnika obarczona jest błędem w postaci rażąco niskiej ceny nie jest zwolniony z przedstawienia i udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu, a odnoszących się do nieprawidłowości ceny innej oferty. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Podkreślić należy, iż w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony.

116. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3207/21

W okolicznościach sporu cenę za wykonanie na wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP należy uznać za istotny element ceny oferty. Po pierwsze: zamawiający wyodrębnił tę pozycję nakazując jej odrębną wycenę w formularzu ofertowym. Po drugie: koszt tej pozycji w ogólnej wartości zamówienia ma istotny udział. Po trzecie: wyjątkowa wartość kulturalna i historyczna obiektu, w którym wykonywane będzie zamówienie, uzasadnia uznanie systemu monitoringu tego obiektu za mający istotne znaczenie w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Dla możliwości zbadania przez zamawiającego istotnych z punktu widzenia ceny oferty jej części nie ma znaczenia to, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. (...) Obowiązujący stan prawny akcentuje natomiast obowiązek wyjaśnienia ceny oferty (*vide*: wyrok z 8 września 2021 r. KIO 2031/21). Jest to regulacja spójna z pozostałymi przepisami ustawy dotyczącymi badania

ceny oferty. Obowiązująca ustawa wzmocniła zatem obowiązek wykonawcy dotyczący złożenia wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do treści wezwania, co pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym w obecnym stanie prawnym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień lub zaniechanie złożenia dowodów naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny. Należy też zauważyć w tym miejscu, że ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania. Aspekt materialny natomiast obejmuje badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego i analizie załączonych do nich dowodów Izba zgodziła się z oceną zamawiającego, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień uzasadniających cenę za wykonanie pozycji 18. Tym samym rażąco zaniżył cenę tej pozycji, co skutkuje uznaniem, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Przede wszystkim odwołujący, ani w treści wyjaśnień, ani w żadnym z załączonych dowodów nie wskazał nazw producentów oraz oferowanych modeli, pomimo, że wymagał tego zamawiający w treści wezwania. Należy zgodzić się z zamawiającym, że było to niezbędne z punktu widzenia ustalenia, czy wyceniony został system monitoringu spełniający wysokie wymagania zamawiającego.

117. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3248/21

(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. Jednocześnie należy mieć na względzie, że cena w niniejszym postępowaniu była ceną ryczałtową, a Zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców kosztów elementów składających się na tę cenę. Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia ceny w rozbiciu miesięcznym oraz w ujęciu sumarycznym za 24 miesiące świadczenia usługi. Wobec takiego ustalenia prezentacji ceny oferty, nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego w zakresie konieczności badania cen jednostkowych, które w niniejszym postępowaniu nie występowały. Ponadto Izba stwierdziła, iż faktycznie Zamawiający żądał przedstawienia przez X szczegółowych wyjaśnień wskazujących na okoliczności i czynniki, które mają wpływ na zaoferowaną cenę wykonania zamówienia oraz szczegółowej kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny, określając pewne elementy jakie wykonawca winien wyjaśnić. X przedstawił wyjaśnienia, odnosząc się do skonkretyzowanych wątpliwości Zamawiającego oraz przedstawiając kalkulację kosztów.

W ocenie Izby, wobec ceny ryczałtowej i treści wezwania, wykonawca X był uprawniony do ustalenia poziomu szczegółowości udzielanych wyjaśnień i wskazania w kalkulacji, elementów które on uznał za istotne i mające wpływ na cenę, w świetle opisu przedmiotu zamówienia. Nadmienić należy, iż X wyjaśnił również elementy oferty o które Zamawiający pytał w skonkretyzowany sposób, w pozostałym zakresie sporządzając kalkulację w oparciu o kryterium istotności ustalone samodzielnie i własną metodologię. Brak było wzorca w oparciu o który Przystępujący zobowiązany był przedstawić kalkulację ceny. Wykonawca składając wyjaśnienia ceny zobowiązany jest wykazać jej realność poprzez przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami.

118. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3357/21

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że Konsorcja nie doszacowały kosztów roboczogodziny o 5 groszy, to podkreślić po pierwsze należy, że powyższe w żaden sposób nie może wpłynąć na uznanie, że zaoferowana przez nich cena oferty jest rażąco niska. Podkreślić należy, że koszty pracy zostały obliczone na podstawie obowiązujących przepisów i są one zgodne z wynikającymi z nich wymogami. Po drugie nie sposób przyjąć, że tylko sposób kalkulacji ceny przyjęty przez Odwołującego jest prawidłowy i wszyscy wykonawcy winni byli szacować cenę oferty z takimi samymi założeniami. Podkreślić należy, odnosząc się do różnic w sposobie kalkulacji ceny oferty, przyjętych stawek i założeń, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

Art. 226 ust. 1 pkt 10

119. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3348/21

Istotnie w przedmiotowej sprawie zamawiający podał wzór obliczenia pozycji 7 wskazując, że wartość poz. 7 należy obliczyć jako 10 procent sumy pozycji od 1 do 6. Do takiego wzoru przystępujący się nie zastosował. Przystępujący przyjął bowiem odmienny sposób obliczenia ceny, to jest uznał, że wszystkie pozycje od 1 do 7 stanowią 100 procent ceny i w pierwszej kolejności obliczył 10 procent z każdej z cen w pozycjach od 1 do 6 i te wartości (po 10 procent) dodał do siebie tworząc pozycję 7, natomiast z każdej z pozycji od 1 do 6 odjął 10%.

Taka reguła matematyczna nie wynikała z treści SWZ. (...) Niemniej jednak zastosowanie innego wzoru matematycznego niż wynikający z SWZ nie jest błędem w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Można wskazać tu przykładowo na uchwałę z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12 zwrócono uwagę, że „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji.”, czy wyrok z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, które choć zapadły na gruncie nieobowiązującej już ustawy, to jednak z uwagi na tożsamość brzmienia art. 223 ust. 2 bieżącej ustawy z art. 87 ust. 2 starej ustawy, w ocenie Izby zachowują aktualność. Sam odwołujący wskazał w odwołaniu, że sporządzone kosztorysy ofertowe nie były wadliwe, tym samym w ocenie Izby nie jest sporne, że przystępujący wycenił cały zakres przedmiotu zamówienia, uwzględniając jego ceny, zakres i warunki realizacji. W związku z tym sam fakt wadliwego podstawienia do wzoru prawidłowo ustalonych danych obejmujących przedmiot zamówienia może być kwalifikowane jedynie jako omyłka, a nie jako błąd w obliczeniu ceny.

Art. 226 ust. 1 pkt 14

120. Wyrok z dnia 4 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1234/21

W orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w tego rodzaju dokumencie jak wadialna gwarancja ubezpieczeniowa czy bankowa podlega wykładni – jak każde inne oświadczenie woli – zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”). Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Oznacza to w szczególności, że dokonując wykładni oświadczenia woli należy mieć na uwadze reguły językowe, kontekst językowy (uwzględnienie pozostałej treści danego dokumentu) oraz kontekst sytuacyjny, tj. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Biorąc pod uwagę powyżej ustalone i niesporne okoliczności towarzyszące sporządzeniu gwarancji ubezpieczeniowej oraz przywołane powyżej przepisy ustawy o lasach oczywiste jest, że celem wystawienia tej gwarancji było zabezpieczenie oferty składanej przez X w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które prowadzone jest przez odpowiednią jednostkę organizacyjną Lasów Państwowych, czyli państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej reprezentującej Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia. W tej sytuacji nieprawidłowe wskazanie nazwy innego nadleśnictwa niż Nadleśnictwo X, które faktycznie prowadzi ten konkretny przetarg, czyli jedynie innej jednostki organizacyjnej Lasów Państwowych, należy uznać za omyłkę, która pozostaje bez wpływu na właściwe odczytanie tego oświadczenia woli jako ustanawiającego

beneficjentem Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo X.

121. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3362/21

Wykonawca X wniósł w przewidzianym przez Zamawiającego terminie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której ważność została określona od 20 października 2021 roku do 17 stycznia 2022 roku. Odwołujący wniósł zatem wadium w sposób prawidłowy. Wadium zostało wniesione w terminie, w jednej z form przewidzianych w ustawie, a także zabezpiecza cały okres związania ofertą. Nie istniały żadne okoliczności, co do których należałoby uznać, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy. Rozważania Odwołującego co do tego, czy Zamawiający zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wnioski o wypłatę wadium są rozważaniami hipotetycznymi. Rozważania mają również charakter ogólny. Hipoteza Odwołującego, że Zamawiający nie zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wniosku o zapłatę wadium nie może stanowić podstawy do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. Należy wskazać, że Odwołujący powinien mieć na uwadze także okoliczność, że Zamawiający zwykle proceduje w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium. Odwołujący, który stworzył pewną hipotezę, przede wszystkim powinien mieć na uwadze możliwość zaistnienia różnych innych niż przewidziane przez niego sytuacji, w tym przede wszystkim takiej okoliczności, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu, w którym Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy X w chwili znacznie wyprzedzającej upływ terminu związania ofertą, czy termin ważności wadium. Zatem w żadnym razie nie można uznać, że w niniejszym postępowaniu wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Zarówno w ustawie, jak i w SWZ, brak jest tak szczegółowych wymagań dla treści gwarancji wadium, na jakie wskazywał Odwołujący, dotyczących czy to wydłużonego terminu ważności wadium względem terminu związania ofertą, czy zawarcia w treści gwarancji dodatkowej klauzuli. (...) Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni – a do tego właśnie odnosił się zarzut i propozycja Odwołującego (wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron). Zacytowany powyżej art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkować by miało odrzuceniem oferty Wykonawcy.

122. Wyrok z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3482/21

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że zamawiający jest gospodarzem postępowania i ustawa Pzp przyznaje mu pewną swobodę w kształtowaniu warunków dokumentacji zamówienia. Zamawiający ma prawo do żądania wadium i decydując się na

skorzystanie z tego uprawnienia zobowiązany jest określić wymagania dotyczące wysokości i terminu wniesienia wadium, zaś w odniesieniu do wadium wnoszonego w pieniądzu wskazać rachunek bankowy, na który należy je wpłacić przelewem, a co do wadium wnoszonego w innej formie – wymagania w zakresie niezbędnej treści i formy dokumentu ustanawiającego zabezpieczenie wadium. Niemniej, swoboda zamawiającego jest ograniczona powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że każda treść SWZ, która nie została zaskarżona przez wykonawców jest bezwzględnie wiążąca.

Zamawiający podnosił, że na obecnym etapie może dokonać oceny gwarancji wadium jedynie poprzez porównanie jej treści do brzmienia rozdziału XI SWZ. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, ponieważ czym innym jest proste przyrównanie treści oferty do treści warunków zamówienia (weryfikacja zajścia dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), a czym innym badanie czy doszło do skutecznego i ważnego zabezpieczenia oferty wadium (art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.). Wadium zostało uregulowane przez ustawodawcę i treść SWZ sprzeczna z ustawą będzie bezwzględnie nieważna, co jest badane przez Izbę z urzędu – por. wyrok Sądu Najwyższego z 03.11.2010 r. o sygn. akt V CSK 142/10, gdzie wskazano, że „W nauce prawa podkreśla się, że jedną z cech nieważności czynności prawnej jest to, iż nieważność tę sąd uwzględnia z urzędu, biorąc pod uwagę stan faktyczny przedstawiony przez strony. Stanowisko takie przyjmowane jest też w orzecznictwie, gdyż uwzględnienie nieważności czynności prawnej jest stosowaniem prawa materialnego, czyli wykonywaniem przez sąd konstytucyjnej funkcji wymiaru sprawiedliwości”. Zatem w ocenie składu orzekającego nieważna treść dokumentacji postępowania nie będzie mogła powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, czyli brak jest możliwości odrzucenia oferty na kanwie nieważnych postanowień SWZ.

Art. 240 ust. 2

123. Wyrok z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1607/21

Izba ustaliła, że materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta, to zgodnie z załącznikiem nr 2 pkt III do swz materiał wyprodukowany przez producenta, na dodatek ściśle określony, zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cechy z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez zamawiającego. Tym samym ustanowione przez zamawiającego kryterium oceny ofert preferuje określoną grupę dostawców tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, nie preferując wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie oferujących materiałów eksploatacyjnych „zalecanych”. Tym samym ustanowione kryterium ogranicza konkurencję i wprowadza nieuzasadnioną preferencję. Nadto odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy kryterium to nie umożliwi weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne, czy jakościowe, czy też eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jediną rzeczą, która

interesuje zamawiającego, to czy dany materiał jest materiałem oryginalnym producenta. W ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że takie kryterium jest niedopuszczalne tak z mocy prawa krajowego jak i z mocy prawa pierwotnego Unii Europejskiej, które stanowią orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

124. Wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21, KIO 3587/21, KIO 3589/21

Porównując oba przepisy należy zauważyć, że w art. 91 ust. 2d mowa jest o „sprawdzeniu informacji przedstawianych przez wykonawców”, natomiast w art. 240 ust. 2 o „weryfikacji i porównaniu poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Przy czym należy stwierdzić, że „sprawdzenie” i „weryfikacja” są pojęciami tożsamymi, zatem w obu przepisach ustawodawca wymaga od zamawiającego weryfikacji (sprawdzenia) w celu dokonania oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Różnica tkwi w tym, że w art. 91 ust. 2d ustawodawca wymaga sprawdzenia „informacji przedstawianych przez wykonawców”, podczas gdy w art. 240 ust. 2 – wymaga sprawdzenia „poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Z tej różnicy zamawiający wywodzi, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy (do 31.12.2020 r.) zamawiający mieli obowiązek weryfikować informacje wskazane w ofertach, natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy (od 01.01.2021 r.) zamawiający mają obowiązek weryfikować to co wykonawca oferuje jedynie w oparciu o informacje zawarte w ofercie, czyli bez weryfikacji samych informacji.

Izba uznała stanowisko zamawiającego za niewłaściwe. Po pierwsze, należy zauważyć, że w art. 240 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział dwie czynności, które zamawiający jest zobowiązany wykonać: weryfikację i porównanie. O ile porównanie może być dokonane na podstawie informacji przedstawionych w ofertach poprzez przeczytanie pisemnej treści złożonych ofert i wychwycenie różnic między tymi treściami, o tyle nie da się dokonać w ten sam sposób weryfikacji. Weryfikacja zakłada bowiem zbadanie, czy to co oferuje wykonawca wpisane w ofercie jest rzeczywiście realne i osiągalne. Gdyby zatem ustawodawcy chodziło wyłącznie o przeczytanie treści złożonych ofert i wychwycenie różnic między ich treściami, wystarczające byłoby użycie w przepisie samego tylko słowa „porównanie”. Skoro ustawodawca zdecydował się jednak na dodanie w przepisie słowa „weryfikacja”, to znaczy że obowiązkiem zamawiającego jest coś więcej, niż tylko wskazane wyżej przeczytanie (wzrokowe przejrzanie) treści ofert. Ograniczenie się bowiem tylko do przeczytania oferty wypaczałoby w istocie sens słowa „weryfikacja”. Tym samym należy uznać, że końcowa treść art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, tj. „na podstawie informacji przedstawianych w ofertach” odnosi się jedynie do czynności porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, natomiast nie odnosi się do czynności weryfikacji. Weryfikacja bowiem, jak już wyżej wskazano, nie może polegać wyłącznie na przeczytaniu oferty, gdyż w takiej sytuacji w istocie nie dochodzi do żadnej weryfikacji informacji podanych w tej ofercie.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na to, że oba ww. przepisy powinny stanowić implementację do polskiego porządku prawnego treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w tym m.in. zawartego w niej art. 67 ust. 4.(...) Z treści przepisów dyrektywy wynika zatem, że treść poprzednio obowiązującego art. 91 ust. 2d ściśle odpowiada w omawianym zakresie treści przepisów dyrektywy, gdyż zarówno ustawodawca unijny, jak i polski postępowali się pojęciem „weryfikacji (sprawdzenia) informacji przedstawianych przez wykonawców”. Natomiast w obecnie obowiązującym art. 240 ust. 2 ustawodawca polski dokonał pewnej korekty w stosunku do przepisów dyrektywy polegającej na wprowadzeniu słów: „na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Jak już wyżej wskazano, nawet taka zmiana w treści art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie powinna prowadzić do wniosku, że czynność weryfikacji może być dokonywana wyłącznie na podstawie przeczytania treści oferty.

Przede wszystkim jednak należy podkreślić obowiązek dokonywania pronunijnej wykładni przepisów ustawy Pzp wynikający choćby z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Skoro w przepisach dyrektywy wyraźnie mowa jest o „weryfikacji informacji” przedstawianych przez wykonawców, nie zaś o „weryfikacji na podstawie informacji” przedstawianych przez wykonawców, to dokonanie pronunijnej interpretacji art. 240 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający mają obowiązek weryfikowania, czyli sprawdzania informacji wskazywanych przez wykonawców w ofertach w ramach kryteriów oceny ofert. Innymi słowy: w celu dokonania oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert zamawiający mają obowiązek sprawdzenia (zbadania) informacji wskazanych w tym celu przez wykonawcę w ofercie, nie mogą zaś jedynie ograniczać się do przeczytania oferty i do przyznania punktów na podstawie informacji zawartych w ofercie.

Aby taka weryfikacja - nieograniczająca się jedynie do wzrokowego zapoznania się z ofertami i porównania ich treści - była możliwa, zamawiający musi tak określić kryteria oceny ofert, aby były one weryfikowalne przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w ww. orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie przytoczonym przez odwołującego, niezależnie od tego, że dotyczy ono poprzednio obowiązującego art. 91 ust. 2d. Wskazana bowiem już wyżej wykładnia art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, w tym wykładnia pronunijna tego przepisu, prowadzi do wniosku, że również art. 240 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć jako nakładający na zamawiających obowiązek rzeczywistej weryfikacji informacji zawartych w ofertach. Kryteria oceny ofert muszą być zatem określone w taki sposób, aby weryfikacja ta była możliwa.

Powyzsze ma też kluczowe znaczenie dla możliwości osiągnięcia celu, dla którego ustanawiane są kryteria oceny ofert. Celem tym jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty w świetle wszystkich opisanych w danym postępowaniu kryteriów. Tymczasem opisywanie kryteriów niemożliwych do zweryfikowania przed wyborem najkorzystniejszej oferty

niejednokrotnie prowadzi do sytuacji, w której wszyscy wykonawcy wskazują w ofertach takie same najwyższe w danym kryterium wskaźniki skutkujące przyznaniem najwyższej liczby punktów, co powoduje, że oferty te niczym się nie różnią w zakresie nieweryfikowalnych kryteriów oceny ofert. W efekcie wykonawcy realnie konkurują ze sobą tylko w zakresie pozostałych kryteriów (np. ceny), zaś kryteria nieweryfikowalne stają się pozorne, gdyż wszystkie oferty otrzymują w tych kryteriach taką samą liczbę punktów. Po pierwsze zatem, taka pozorna konkurencja nie jest zgodna z celem opisywania kryteriów oceny ofert. Po drugie, powyższego nie zmienia ew. późniejsze nakładanie kar umownych na wykonawcę na etapie realizacji umowy, gdyż kary te nie są już w stanie zmienić stanu faktycznego, w którym za najkorzystniejszą została wybrana oferta, która dopiero na etapie wykonywania zamówienia okazała się nie być najkorzystniejszą, ze stratą dla wykonawców, którzy nie uzyskali zamówienia.

Art. 241

125. Wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1669/21

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez określenie kryterium tzw. podmiotowego, do czego zamawiający nie był uprawniony wobec brzmienia tych przepisów. Art. 241 ust. 1 wskazuje, iż kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto art. 241 ust. 3 ustawy Pzp doprecyzowuje, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z treści tego przepisu wprost wynika zakaz stosowania kryteriów o charakterze podmiotowym, odnoszących się do właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę konstrukcję tego przepisu uznać należy, iż wyliczone w nim kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy mają charakter przykładowy. Do kategorii kryteriów tzw. podmiotowych należy zaliczyć również doświadczenie wykonawcy, gdyż dotyczy właściwości podmiotu, a nie cech przedmiotowych zamówienia które wykonawca ma zrealizować. Skoro zamawiający zamierza oceniać ilość wykonanych usług dowozu, to niewątpliwie tak ustalone kryterium wpisuje się w podmiotową ocenę wykonawcy, która jest niedozwolona w zakresie kryteriów oceny ofert i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, wobec czego zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.

126. Wyrok z dnia 3 września 2021 r. sygn. akt KIO 2227/21

Mając na uwadze powyższe regulacje, Izba wskazuje, że w świetle art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca bardzo szeroko określił związek jaki musi wystąpić pomiędzy przedmiotem zamówienia, a kryteriami oceny ofert. Związek ten może dotyczyć bowiem dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, również tych które nie stanowią jego istotnych cech. Kluczowe zatem w analizowanym stanie faktycznym było ustalenie w pierwszej kolejności czy termin płatności wprowadzony jako kryterium oceny ofert może być uznany za element składający się na przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, termin płatności stanowi jeden

z elementów sposobu dokonania płatności, a zatem jest bezpośrednio związany z wykonywaną usługą, a tym samym stanowi element przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że do zakresu pojęcia „przedmiot zamówienia” zaliczyć również należy warunki na jakich to zamówienie będzie realizowane. Takimi warunkami realizacji zamówienia są z pewnością warunki płatności. Przyjęcie wąskiego rozumienia przedmiotu zamówienia, jak chciałby Odwołujący, poprzez ograniczenie go wyłącznie do istoty świadczenia głównego wykonawcy, jest zdaniem Izby, nieuprawnione. Już sposób sformułowania przez ustawodawcę art. 241 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia „przedmiot zamówienia”. Taki związek bowiem występuje w odniesieniu do dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, nawet jeśli nie stanowią one istotnej cechy przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem uznać, że warunki realizacji zamówienia, w tym warunki płatności, nie stanowią cechy przedmiotu zamówienia, chociażby o charakterze nieistotnym z punktu widzenia świadczenia głównego wykonawcy.(...)

Tym samym, zdaniem Izby, kryteria jakościowe mogą odnosić się do szeroko rozumianych korzystanych dla zamawiającego rozwiązań dotyczących przedmiotu zamówienia. Przy czym Izba zaznacza, że kluczowe w tym zakresie mają indywidualne uwarunkowania zamawiającego, w konkretnym postępowaniu przetargowym. Skoro zatem termin płatności stanowi element składający się na przedmiot zamówienia, zaś jak wskazał Zamawiający, terminy płatności ma dla niego kluczowe znacznie z uwagi na to, że jest publicznym podmiotem leczniczym, co skutkuje tym, iż procedura uzyskania środków na niniejsze zamówienie ulega znacznemu wydłużeniu, przyjęte kryterium terminu płatności uznać należy za kryterium spełniające wymagania określone w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jakość postrzegana jako spełnienie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego dotyczących sposobu płatności, w konkretnych uwarunkowaniach w jakich funkcjonuje wypełnia wskazane ww. przepisach wymagania. Izba podkreśla, że skoro ustawodawca dopuszcza w ramach kryteriów jakościowych kryterium warunków dostawy takich jak termin, sposób, czas dostawy czy okres realizacji, brak jest uzasadnienia dla wyłączenia kryterium terminu płatności. Wszystkie te warunki pośrednio związane są z możliwościami finansowymi poszczególnych wykonawców, a jak wynika z uchwały SN taki pośredni dyskryminacyjny charakter kryteriów nie może decydować o ich dopuszczalności. Mogą one być uznane, w odniesieniu do konkretnych zamawiających i ich indywidualnych uwarunkowań, za kryteria jakościowe rozumiane jako spełnienie wymagań/oczekiwań zamawiającego dotyczących dowolnego aspektu przedmiotu zamówienia.(...)

Zdaniem Izby nie ma żadnych przesłanek prawnych do zawężenia kryterium jakościowego wyłącznie do jego związku ze świadczeniem głównym wykonawcy, jak chciałby Odwołujący. Z uwagi na otwarty katalog kryterium jakościowego wskazanego w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, warunków płatności mogą być uznane za takie kryterium, mając na uwadze uwarunkowania zamawiającego w konkretnym postępowaniu przetargowym. Jak wskazał SN w Uchwale, „*kryterium terminu płatności może mieć duże 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. Nawet jednak w zwykłych okolicznościach kapitalne znaczenie dla zamawiającego może mieć np. możliwość rozłożenia zapłaty ceny na raty. To prawda, że możliwe jest umieszczenie określonego terminu płatności w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże taka możliwość dotyczy także innych kryteriów oceny oferty (np. terminu wykonania)". Tym samym, zdaniem Izby, kryteria jakościowe mogą odnosić się do szeroko rozumianych korzystanych dla zamawiającego rozwiązań dotyczących przedmiotu zamówienia. Przy czym Izba zaznacza, że kluczowe w tym zakresie mają indywidualne uwarunkowania zamawiającego, w konkretnym postępowaniu przetargowym. Skoro zatem termin płatności stanowi element składający się na przedmiot zamówienia, zaś jak wskazał Zamawiający, terminy płatności ma dla niego kluczowe znacznie z uwagi na to, że jest publicznym podmiotem leczniczym, co skutkuje tym, iż procedura uzyskania środków na niniejsze zamówienie ulega znacznemu wydłużeniu, przyjęte kryterium terminu płatności uznać należy za kryterium spełniające wymagania określone w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

127. Wyrok z dnia 7 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3667/21

Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku.

Nie ulega wątpliwości, że kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzenia takich kryteriów co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego

kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez instytucje publiczne rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jakie otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku.

Art. 246 ust. 2

128. Wyrok z dnia 7 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1045/21

Niewątpliwie Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. Wydaje się, że zastosowane kryterium „cena 100%” jest kryterium obiektywnym i nie zaburzającym zasad uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, określenie wymagań jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego składnika żywnościowego, będącego elementem posiłku. Ważne jest, aby określono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego Izby, określają dokumenty załączone do specyfikacji warunków zamówienia, gdzie Zamawiający określił wymagania dla kilku diet. (...)

Zamawiający określił także średnią liczbę pacjentów, sposób dystrybucji posiłków przez system termosowy, godziny ich dostarczania, udział procentowy poszczególnych posiłków w cenie pełnego wyżywienia dziennego, obowiązek przygotowania posiłków w pomieszczeniach gastronomicznych i przewożenia środkiem transportu spełniającym wymagania higieniczno-sanitarne, obowiązek przestrzegania norm żywnościowych, obowiązek zatrudnienia dietetyka celem zapewnienia właściwej wartości kalorycznej i odżywczej posiłków, a także obowiązek wdrożenia i stosowania zasad systemu HACCP. Równocześnie zgodnie z §1 ust. 1 i 2 wzoru umowy dostarczone posiłki powinny uwzględniać aktualne zalecenia Instytutu Żywności i Żywienia, w szczególności co do struktury rzeczowej, kaloryczności, jakości, urozmaicenia, spełniać obowiązujące w tym zakresie wszelkie normy żywnościowe, w tym ze szczególnym uwzględnieniem norm żywnościowych dla pacjentów szpitali. Wykonawca będzie przedkładał Zamawiającemu do jego akceptacji jadłospis na każde kolejne 14 dni, ze wskazaniem precyzyjnych nazw potraw i środków spożywczych, w tym informacji dot. obróbki technologicznej, informacji o rodzajach produktów spożywczych, z których posiłki będą przygotowywane, ich gramatury i kaloryczności oraz informacji o alergenach.

Taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w sposób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy. Określenie wymagań jakościowych głównych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma ramy, w których co do jakości przedmiotu zamówienia będą poruszali się wykonawcy realizujący umowę. W ocenie Izby na wystarczającym poziomie określone zostały cechy jakościowe jakie ma spełniać usługa będąca przedmiotem zamówienia. Okoliczność, że inne podmioty publiczne prowadzą postępowanie o podobnym charakterze i stosują kryteria pozacenowe pozostaje bez związku z rozpoznawanym zarzutem w obliczu określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Art. 253 ust. 1 pkt 2

129. Wyrok z dnia 9 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do twierdzeń faktycznych, które przedstawił również w wezwaniu do wyjaśnień (...)

Zamawiający nie przedstawił jednak żadnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wskazane przez niego ceny są jedynymi prawidłowymi oraz czy nie istnieją inne okoliczności pozwalające ją obniżyć. Zamawiający nie wskazał, dlaczego złożone wyjaśnienia uznał za niewystarczające lub niewiarygodne. Zamawiający stwierdził: Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił jednoznacznych dowodów, że zaproponowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Nie wiadomo jednak, jakie dowody Zamawiający uznał za niewystarczające i z jakiego powodu.

130. Wyrok z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1848/21

O ile zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podał uzasadnienie prawne swojej decyzji, o tyle uzasadnienia faktycznego, zamawiający nie podał. Nie można bowiem uznać, za zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, stwierdzenie zamawiającego, że „(...) *Nie wszystkie oferowane artykuły posiadają cechy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia*”.

Wyżej cytowane uzasadnienie zamawiającego, z pewnością nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne czynności zamawiającego. Zamawiający winien bowiem szczegółowo wyjaśnić i uzasadnić dlaczego wynik badania oferty odwołującego zakończył się jego negatywną oceną. W szczególności zamawiający powinien podać konkretnie, który produkt i w jakim zakresie nie odpowiada treści SWZ. Nie jest bowiem zadaniem odwołującego domyślanie się jakie były intencje zamawiającego i przewidywanie możliwych scenariuszy badania oferty przez zamawiającego.

131. Wyrok z dnia 3 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3355/21

Izba zgodziła się z odwołującym, że czynności zamawiającego dokonywane w postępowaniu były całkowicie nieprzejrzyste. Prawdą jest, że zamawiający ma prawo do powtórzenia czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli uzna, że dokonane poprzednio czynności są niezgodne z ustawą lub budzą wątpliwości w tym zakresie (*vide* przykładowo: wyrok z dnia 23 września 2010 r. sygn. KIO 1939/10). Jednak powtórzenie czynności przez zamawiającego powinno odpowiadać zasadom wynikającym z art. 16 i 17 Pzp. Zasady te obowiązują bowiem w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia, od jego wszczęcia, aż do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W badanym postępowaniu zamawiający był uprawniony do tego, aby powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak brak wskazania uzasadnienia powtórzenia czynności oceny ofert w przyjętych kryteriach oraz zmiany oceny ofert uznanej za najkorzystniejszą narusza ustawę. Zasady pisemności i przejrzystości zobowiązują zamawiającego do tego, aby podstawy jego działania – dokonywania czynności w postępowaniu - zostały jasno wyrażone w dokumentacji postępowania i nie podlegały domysłom. W przeciwnym razie nie jest możliwe udzielenie zamówienia w warunkach równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a wykonawcy mogą być narażeni

na arbitralności zamawiającego. Brak wskazania podstaw faktycznych i prawnych dokonywanych przez zamawiającego czynności narusza przepisy ustawy również z tego powodu, że może prowadzić do ograniczenia wykonawcom dostępu do środków ochrony prawnej i uniemożliwienia – zagwarantowanej ustawą – kontroli czynności zamawiającego. W badanym postępowaniu zwraca uwagę fakt, że powody powtórzenia czynności oceny oferty i zmiany oferty uznanej za najkorzystniejszą zostały podane przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie, podczas gdy odwołujący powinien uzyskać wiedzę na ten temat najpóźniej z informacji o powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Za niedopuszczalne uznać należy wewnętrznie sprzeczne stanowisko zamawiającego zawarte w pismach z 8 i 15 listopada 2021 r., w których to pismach, poza ogólnikowym powołaniem się na zasady ustawy, nie zostały wskazane żadne powody, dla których zamawiający uznał, że pierwotny wybór oferty odwołującego naruszył te zasady.

Art. 255 pkt 3

132. Wyrok z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2799/21

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jako że Izba nakazała Zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wskazać trzeba, iż prawidłowe było stanowisko Odwołującego, że określenie użyte w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne – arg. z art. 266 ustawy Pzp) „oferta najwyższej oceniona” nie może być utożsamiane z pojęciem oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” powinien być rozumiany jako oferta, która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez zamawiającego najwyższej, natomiast aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej” zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 391/18). Dopiero bowiem po zbadaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Nie można wykluczyć sytuacji, że po przeprowadzonej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w ramach kryteriów, jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W takiej sytuacji zamawiający weryfikuje sytuację podmiotową wobec wykonawcy następnego w kolejności.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16 września 2021 r., Zamawiający nie zbadał sytuacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia X w tym nie wezwał wykonawców w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym rację miał Odwołujący, iż przed ewentualnym

unieważnieniem postępowania o udzielenie Zamawiający winien zbadać sytuację podmiotową ww. wykonawców. Błędna była zatem rekomendacja komisji przetargowej zawarta w protokole z dnia 16 września 2021 r., w którym wskazano kierownikowi Zamawiającego na możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp albo kontynuacji oceny ofert poprzez dokonanie zmian w budżecie – zwiększenie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wezwanie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz zbadania na podstawie uzupełnionych dokumentów braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W świetle powyższego czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp była nieprawidłowa.

Art. 255 pkt 5

133. Wyrok z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1766/21

Art. 255 pkt 5 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Powołany przepis ma charakter imperatywny i sankcyjny. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji spełnienia przesłanek ustawowych i nie może odstąpić od wykonania tej czynności. Jednak czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada prawu jedynie wtedy, gdy wszystkie przesłanki zawarte w art. 255 pkt 5 Pzp zostaną spełnione. Ponadto, przesłanki unieważnienia postępowania te nie mogą być wykładane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia - jak wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 Pzp - jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy o charakterze wyjątku podlegają wykładni restrykcyjnej.

Przesłankami wymaganymi przez art. 255 pkt 5 Pzp są: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz brak możliwości wcześniejszego przewidzenia tej sytuacji. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze.

W informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie wykazał przesłanek unieważnienia postępowania. Przede wszystkim nie można mówić, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność zmiany okoliczności ma miejsce wtedy, gdy zmiana następuje wbrew zwyczajnemu biegowi

rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać. Co do zasady zatem są to okoliczności niezależne od zamawiającego.

134. Wyrok z dnia 1 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3386/21

W sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na przesłankę określoną w art. 255 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien wykazać zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, której wystąpienie powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jak też wykazać, iż powyższe przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania. (...) wskazana przesłanka unieważnienia postępowania wskazuje na konieczność rzeczywistego pojawienia się nowych istotnych okoliczności, a nie jedynie pojawienie się bliżej niesprecyzowanego planu ich wystąpienia, przy czym chodzi w niej o powstanie nowych okoliczności na tyle znaczących, że skutkują tym, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zamawiający nie wykazał jaki interes publiczny miałby być zagrożony i nie udowodnił, że miałby on być na tyle ważny i znaczący, że wymaga unieważnienia przedmiotowego postępowania. Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem Zamawiającego. (...) Nie można zatem przyjąć, że w okolicznościach analizowanej sprawy same plany utworzenia spółki komunalnej stanowią o zmianie okoliczności, skoro takie plany istniały i były tworzone z udziałem Zamawiającego, co wynika z jego stanowiska zaprezentowanego na rozprawie, a więc były wiadome w dacie wszczęcia postępowania. Tym bardziej, nie można przyjąć, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności, która miałaby charakter obiektywnie nieprzewidywalny w dacie wszczęcia postępowania. Nadto na dzień unieważnienia postępowania utworzenie spółki komunalnej nadal było w sferze planów. Nie wystąpił więc pierwszy z elementów ww. przesłanki unieważnienia postępowania, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności. Nie wystąpiły też dalsze elementy tej przesłanki, które odnoszą się właśnie do wystąpienia istotnej zmiany okoliczności.

Art. 255 pkt. 6 Pzp

135. Wyrok z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1760/21

Norma ta wymaga wykazania łącznego spełnienia następujących trzech przesłanek.

Pierwszej przesłanki – w przetargu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) – w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 64 w zw. z art. 16 p.z.p. Jak trafnie wskazał odwołujący zamawiający jest odpowiedzialny za narzędzia informatyczne z których korzysta, więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą zamawiającego. Przy czym, jak trafnie podnosi się w orzecznictwie, uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie musi być okolicznością zależną od zamawiającego albo działaniem celowym, może wynikać właśnie z powodów technicznych, np. awarii platformy, błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników korzystających

z platformy elektronicznej, istotny jest tu efekt w postaci braku możliwości złożenia oferty (por. wyrok KIO z 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 268/19). Ponadto w wyniku uniemożliwienia odwołującemu złożenia oferty naruszono zasady naczelnego p.z.p. dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. Nie można skutecznie twierdzić, że wynik postępowania jest prawidłowy, skoro jest ono obciążone najpoważniejszą wadą jaka może wystąpić w postępowaniu – naruszenia zasad generalnych w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Drugiej przesłanki – naruszenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu zamawiającego przy użyciu instrumentów p.z.p., w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty odwołującemu wywołuje nieodwracalny skutek. Na obecnym etapie postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna.

Trzeciej przesłanki – wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak wcześniej wspomniano nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy na podstawie postępowania, w którym doszło do naruszenia zasad naczelnego Prawa zamówień publicznych. Dyskryminacja odwołującego, którego oferta mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ma bezpośredni wpływ na brak możliwości udzielenia zamówienia w warunkach uczciwej gry rynkowej. Wynik postępowania jest obciążony błędem, ponieważ ograniczono odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, zaś czynności składania ofert nie da się powtórzyć. Zaistniałe problemy techniczne mogły mieć wpływ na wynik przetargu, więc zamawiający nie może ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na prowadzenie i rozstrzygnięcie postępowania, art. 255 pkt 6 p.z.p. jest jednoznaczny i wskazuje na obowiązek zamawiającego, a nie na uprawnienie.

136. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21

Analizując obowiązujący stan prawny Izba doszła do wniosku, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania powinna albo uniemożliwiać prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty lub wynikać z działania zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że jeśli zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, które zniekształcają wynik postępowania, to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności, które jakkolwiek wskazują na pewne uchybienia zamawiającego, to jednak nie wywierają wpływu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Pogląd przeciwny prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy po otwarciu

ofert zamawiający unieważniłby postępowanie na podstawie dowolnie przez siebie stwierdzonej wady postępowania, niezależnie od jej wagi i znaczenia dla prawidłowego udzielenia zamówienia.

Art. 255 pkt 6 Pzp uzasadnia unieważnienie postępowania w razie łącznego ziszczenia trzech przesłanek. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Nie każde więc naruszenie przepisów skutkuje unieważnieniem postępowania. Wada postępowania, o której mowa w art. 255 ust. 6 Pzp może polegać na nieprawidłowym, niepełnym, czy nie dość jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. Nie może być to jednak jakakolwiek wada, lecz wyłącznie taka, która nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Błąd w dokumentacji postępowania może być wadą o takim charakterze, jeśli – jak to zostało wskazane wyżej – zniekształca wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nie jest możliwy do usunięcia w drodze racjonalnej i dokonanej z poszanowaniem zasad wynikających z art. 16 Pzp, wykładni danych postanowień SWZ. Po upływie terminu składania ofert nie można bowiem zmienić, poprawić, ani uzupełnić SWZ. Z powyższego wynika, że sam fakt braku dostatecznej precyzji opisu wymagań zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Wada dokumentacji, która może mieć jedynie hipotetyczny, teoretyczny wpływ na wynik postępowania, nie uzasadnia unieważnienia postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy – jak w okolicznościach sprawy – nie wpłynęła na treść otrzymanych przez zamawiającego ofert. Wpływ na wynik postępowania (*verba legis* udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy) występuje wtedy, gdy w danych konkretnych okolicznościach faktycznych nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy.

W ocenie Izby w badanym postępowaniu nie zaistniała wada o takim charakterze. Zamawiający uzasadniając pogląd o konieczności unieważnienia postępowania wskazywał, że brak podania temperatury pomiaru prowadzi do sytuacji, w której wykonawca może złożyć ofertę z początkową temperaturą pomiaru 30 st. C, a zamawiający – z powodu braku podania w SWZ wymagań dotyczących przedziału temperatury – będzie musiał taką ofertę przyjąć. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że nie otrzymał takiej oferty w badanym postępowaniu. Brak ustalenia wymagań dotyczących temperatury w dokumentacji postępowania nie ma zatem i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a tym samym pozostaje bez rzeczywistego znaczenia dla możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu. Zamawiający, na którym zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wskazaną w art. 534 ust. 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania, nie wykazał, aby stwierdzona przez niego wada uniemożliwiała zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

137. Wyrok z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3204/21

Przepis ten powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy, a w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp. (...) Zauważenia wymaga, że Zamawiający jasno określił, że wymaga dysponowania co najmniej trzema osobami posiadającym uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w przedstawionych specjalnościach i jednocześnie zakazuje łączenia funkcji. Oznacza to, że Zamawiający przygotowując postępowanie stał na stanowisku, że dla jego wykonania konieczne jest, aby każda z osób w trakcie realizacji zamówienia wykonywała przypisaną jej funkcję, niezależnie od posiadanych dodatkowych uprawnień. Nie zostało wykazane, aby taka ocena Zamawiającego była obarczona wadą, tym bardziej taką wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. (...) Po pierwsze wskazania wymaga, że jak wyżej wskazano, warunek jest jasno i spójnie postawiony. Po drugie, nie zostało wykazane, aby postawiony warunek ograniczał konkurencję czy wskazywał na nierówne traktowanie wykonawców. (...) Po trzecie, nie zostało wykazane, aby warunek był nieproporcjonalny w rozumieniu przepisu art. 16 Pzp. (...) Nie zostało także wykazane, aby warunek ten, wpłynął na nieuzasadnione opisem przedmiotu zamówienia podwyższenie cen złożonych w postępowaniu ofert. (...) Nie zostało również wykazane, aby za sprawą spornego warunku udziału w postępowaniu, a ściślej wprowadzonego zakazu łączenia funkcji (jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, nie chodzi o skład minimalny, tj. minimalną liczbę osób, lecz o zakaz łączenia funkcji), naruszony został wskazany przez Zamawiającego przepis art. 239 Pzp. (...) Wskazania również wymaga, że Zamawiający błędnie interpretuje przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający bowiem uważa, że przepis ten zawiera dwie odrębne przesłanki. Pierwsza to naruszenie przepisów ustawy, a druga to brak zamieszczenia ogłoszenia. Zdaniem Zamawiającego, gdyby przyjąć inną interpretację, to doprowadziłoby to do sytuacji, że nawet w sytuacji, gdyby doszło do naruszenia ustawy, a Zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu, nie byłoby żadnej sankcji w postaci unieważnienia umowy czy też unieważnienia postępowania. Nie można zgodzić się z takim rozumieniem ww. przepisu. Z przepisu wynika bowiem wprost, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. Wbrew zatem stanowisku Zamawiającego nie występują w nim dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia

zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy. Wbrew stanowisku Zamawiającego udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy należy zatem odnosić do braku ww. ogłoszeń. Przemawia za tym także przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp.

138. Wyrok z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3728/21

Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że zamawiający, wobec niejednoznacznych zapisów SWZ nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, przy czym nie jest również możliwe ich zinterpretowanie w taki sposób, który byłby korzystny dla wykonawców. Niezależnie od przyjętej wykładni, jedne podmioty znajdą się w sytuacji uprzywilejowanej, inne będą pokrzywdzone. Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty cenowe, nie można dokonać zmiany zapisów SWZ, w których doprecyzowany zostanie sposób, w jaki ocenione zostaną oferty, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70⁵ kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70⁵ Kc, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70⁵ Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp.

Art. 257

139. Wyrok z dnia 2 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3428/21

Izba zważyła, iż przesłanka unieważniania postępowania z art. 257 ustawy Pzp jest przesłanką fakultatywną, wymagającą dla jej zastosowania wypełnienia warunków określonych normą zawartą w tym przepisie. W ocenie Izby przesłanki ww. przepisu obejmują również okoliczności zaistniałe w niniejszej sprawie tj. utratę możliwości wydatkowania uprzednio przyznanych środków przy zachowaniu zaoferowanego przez wykonawcę terminu dostawy. Zaistnienie tych okoliczności należy zrównać z ostatecznym nieprzyznaniem środków. Dostrzeżenia wymagało, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego termin dostawy określony przez niego w ofercie nie stanowił terminu maksymalnego lecz był

ustalony w sposób sztywny na 30 dni roboczych liczonych od dnia zawarcia umowy. Pomimo tego, iż wykonawcy mogli skrócić okres dostawy nawet do 10 dni roboczych, gdyż termin ten stanowił kryterium oceny ofert, Odwołujący nie zdecydował się na to i złożył ofertę deklarującą najdłuższy z dopuszczalnych przez zamawiającego terminów tj. 30 dni roboczych. Wobec powyższego, w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż termin realizacji zamówienia mógł być skrócony, takiej zdecydowanej deklaracji nie złożył Odwołujący również na rozprawie wyrażając jedynie przypuszczenie, iż być może dostawa przedmiotu zamówienia jest jeszcze możliwa. Wobec powyższego nawet przyjmując, iż Zamawiający mógł wydatkować środki i złożyć wniosek o płatność do dnia 20 grudnia br., uwzględniając zaoferowany przez Odwołującego termin dostawy, niemożliwe było dotrzymanie terminu złożenia wniosku o płatność gwarantującego jego rozliczenie i otrzymanie przyznanych środków.

Art. 262

140. Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3796/21

Nie można też pominąć, że art. 262 Pzp in fine zawiera dwie odrębne przesłanki, bowiem kolejne postępowanie może dotyczyć tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmować ten sam przedmiot zamówienia. Ziszczenie jednej z tych przesłanek skutkuje obowiązkiem informacyjny zamawiającego. W konsekwencji nawet przyjęcie nieprawidłowego poglądu zamawiającego musi prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 262 Pzp. Nawet jeśli postępowanie w trybie z wolnej ręki, z czym Izba się nie zgadza, nie obejmowało tego samego przedmiotu co unieważnione postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, to z całą pewnością dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia. Art. 262 Pzp nie jest przepisem o charakterze wyłącznie formalnym. Jego funkcją jest zwiększenie konkurencyjności postępowań przez przekazanie informacji wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem. Jego prawidłowe stosowanie jest istotne dla zachowania zasad prowadzenia postępowania - uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Poszanowanie tych zasad może zostać zagrożone zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki nie dopełni obowiązków informacyjnych. W tej bowiem sytuacji zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może być poddane kontroli przez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie. Nie można też pominąć, że stosowanie art. 262 Pzp nie jest ograniczone wyłącznie do konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Powołany przepis nie zawiera takiego ograniczenia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, w razie unieważnienia postępowania, poinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia

Art. 275 pkt 2

141. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1568/21

Punktem wyjścia dla rozważań jest okoliczność, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że zamawiający może przeprowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. W ocenie Izby, z brzmienia ww. przepisu wynika wprost, że decydując się na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób w nim opisany, zamawiający może zdecydować się na przeprowadzenie negocjacji lecz nie ma takiego obowiązku. W zależności od podjętej decyzji w przedmiocie przeprowadzenia negocjacji, bądź rezygnacji z ich przeprowadzenia, zamawiający jest zobowiązany postępować w określony sposób. I tak, w sytuacji, gdy zamawiający decyduje się na przeprowadzenie negocjacji, postępuje w sposób wskazany w treści art. 287 ust. 3 ustawy Pzp, a następnie prowadzi negocjacje, natomiast w przypadku rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji – w sposób wskazany w treści art. 275 pkt 1) w zw. z art. 253 ustawy Pzp. Istotne przy tym jest, że decyzja o tym, czy zamawiający przeprowadzi negocjacje, czy nie, powinna zostać podjęta najpóźniej w momencie zakończenia oceny ofert. Innymi słowy, po zakończeniu oceny ofert, zamawiający decyduje, czy korzysta z możliwości przeprowadzenia negocjacji, jaką daje mu przepis art. 275 pkt 2) ustawy Pzp, czy też z możliwości tej rezygnuje i wówczas postępuje w sposób wskazany w treści art. 275 pkt 1) ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że czynności Zamawiającego podjęte pismem z 18 maja 2021 r., zgodnie z którymi, po ocenie ofert i wyłonieniu wykonawców w liczbie przewidzianej w treści SWZ w celu zaproszenia ich do negocjacji, uznaniu pozostałych ofert za odrzucone, a następnie rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji z jednoczesnym zamiarem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jedynie z udziałem wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji, były nieprawidłowe.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ograniczenia wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej. Możliwość taka została przewidziana tylko wobec zaproszenia do negocjacji, co wynika wprost z brzmienia art. 288 ustawy Pzp. Powyższe znalazło również odzwierciedlenie w treści dokumentacji tego postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie Zamawiający nie przewidział ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, lecz ograniczył liczbę wykonawców zaproszonych do negocjacji. Następnie wskazać należy, że możliwość przeprowadzenia negocjacji, o której mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp staje się, w ocenie Izby, obowiązkiem Zamawiającego w momencie, gdy podejmie on decyzję o ich przeprowadzeniu. Jak stanowi wspomniany przepis ustawy, negocjacje te są prowadzone

w określonym celu, jakim jest ulepszenie treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Co więcej, po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Ustawa Pzp nie zabrania zamawiającemu, po złożeniu ofert dodatkowych, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jednak w tej sytuacji aukcja musi być poprzedzona przeprowadzeniem negocjacji, których zwieńczeniem są oferty dodatkowe.

Art. 333 ust. 1

142. Wyrok z dnia 10 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3624/21

Zdaniem Izby analizę zasadności zarzutów odwołania rozpocząć należy od analizy zagadnienia elementu regulaminu konkursowego, do określenia którego obowiązany jest każdorazowo zamawiający, mianowicie wskazania maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. O maksymalnym planowanym łącznym koszcie wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej ustawa Pzp wspomina kilkakrotnie. Po pierwsze na podstawie art. 333 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający w regulaminie konkursu zobowiązany jest określić tę wartość. Następnie, zgodnie z art. 347 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny prac konkursowych w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zapewniający możliwość wyboru najlepszej pracy konkursowej, z uwzględnieniem maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Według art. 351 ustawy Pzp uczestnicy konkursu składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. (...)

Regulamin konkursu stanowi odpowiednik specyfikacji warunków zamówienia sporządzanej i stosowanej w postępowaniach przetargowych. Podobnie jak w przypadku postępowań przetargowych zamawiający pozostają związani treścią i postanowieniami regulaminu konkursowego i nie są uprawnione do działań dezawuuujące znaczenie poszczególnych punktów regulaminu. Zamawiający nie może dokonywać dowolnej interpretacji punktów regulaminu, nadając im inne znaczenie niż wynikające z przepisów. Ma to zwłaszcza charakter naganny, jeżeli ma miejsce po złożeniu prac konkursowych i dotyczy wyznaczonych kryteriów oceny, podczas działania Sądu konkursowego. Jednym z elementów regulaminu bezspornie jest konieczność wskazania maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Zakładając, że ustawodawca działa racjonalnie, nieuprawnione w ocenie Izby są tezy Zamawiającego, że podana wartość ma jedynie charakter informacyjny. Zdaniem Izby Zamawiający błędnie interpretuje stanowisko wyrażone w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Pzp, cytując je w odpowiedzi na odwołanie, gdzie utożsamia ramowy charakter maksymalnego kosztu z możliwością jego zmiany przez autora pracy konkursowej po jej złożeniu. W komentarzu słusznie podkreślono, że ramowy charakter podanych kosztów

może ulec zmianie ale (podkreśl. własne) *na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. z uwagi na znaczny wzrost cen materiałów czy określony przez zamawiającego rozkład i charakter ryzyk kontraktowych*. Etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest etapem kolejnym w stosunku do etapu złożenia pracy konkursowej. Tym samym po złożeniu pracy Wykonawca związany jest treścią części opisowej pracy konkursowej dotyczącej kosztów, tak samo jak w postępowaniu przetargowym Wykonawca związany jest treścią oferty, w tym także dotyczących jej elementów cenowych. (...)

Zamawiający nie może dokonywać dowolnej interpretacji przekazanego Wykonawcom Regulaminu konkursowego, zwłaszcza już po złożeniu prac konkursowych. Nie jest w szczególności uprawnione przypisywanie marginalnej roli wskazanej w Regulaminie kwoty, w ramach której poruszać się mają Wykonawcy pracując nad koncepcją pracy konkursowej. Tak zamawiający, jak i wykonawcy związani się treścią regulaminu i każda ze stron działa w granicach i ramach tego dokumentu, a także w zaufaniu, że druga ze stron na kolejnych etapach konkursu respektowała będzie zapisy przekazanych wytycznych. Przekazanie informacji o maksymalnym koszcie służy jako podstawa do zaprojektowania budynku o określonych cechach, który w największym stopniu spełniał będzie wymogi danego zamawiającego ale również oznacza to zaprojektowanie takiego budynku, którego wykonanie możliwe jest w ramach określonego budżetu inwestycyjnego. Nawet jeżeli w przyszłości budżet ten może ulec zmianie z różnych względów, to na etapie składania prac konkursowych, przekazane Wykonawcom informacje mają charakter wiążących i istotnych. W innej bowiem sytuacji ustawodawca nie wymagałby, aby zamawiający obligatoryjnie określali element kosztowych w regulaminach konkursowych.

Maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej jest ramą w której poruszać może się dany wykonawca tworząc projekt pracy dla zamawiającego. Pozwala to także uzyskać prace, które w ramach kosztów wykonania będą na zbliżonym poziomie, a tym samym w tym kryterium będą obiektywnie porównywane. Nie jest dopuszczalne przyjęcie do oceny pracy, w której wykonanie dzieła na jej podstawie przekracza planowany budżet zamawiającego. Oczywiście jest, że po przeprowadzeniu konkursu, w ramach prowadzonych negocjacji, wprowadzeniu zmian i zaleceń do pracy w toku postępowania pokonkursowego, a także uwarunkowań finansowych samego zamawiającego, może dojść do zmiany wysokości kosztów. Ale zmiana ta nie jest możliwa po złożeniu pracy, przed wyborem przez Sąd konkursowy najlepszej pracy. Słusznie w ocenie Izby Odwoławczy czyni analogię do zasady niezmienności treści oferty.

Art. 389 ust. 1

143. Wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3048/21

Podkreślenia wymaga, że treść art. 389 ustawy P.z.p. stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego przepisu art. 51 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej Dyrektywę 2004/17/We. Zgodnie z ust. 1 zdanie trzecie wskazanego artykułu, okres obowiązywania umowy ramowej nie przekracza ośmiu lat, poza wyjątkowymi przypadkami, które są należycie uzasadnione, w szczególności pod kątem przedmiotu umowy ramowej. Polska ustawa P.z.p. w art. 389 jest zatem zbieżna z treścią art. 51 dyrektywy sektorowej. Ponadto dyrektywa sektorowa również dopuszcza możliwość zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 8 lat i jedynie w takim przypadku wymaga, by zostały wykazane okoliczności uzasadniające przekroczenie tego terminu. Bardziej szczegółowe wytyczne dotyczące uzasadnienia przyjęcia terminu dłuższego niż ośmioletni zawarte są w motywie 72 preambuły dyrektywy (...).

Izba podziela stanowisko, że zawarcie umowy ramowej winno odbywać się w warunkach zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji. Stanowisko takie wynika zarówno z art. 51 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy sektorowej, jak i art. 311 ust. 4 ustawy P.z.p. Niemniej jednak Izba podkreśla, że z uwagi na wskazane powyżej normy prawne umożliwiające zamawiającemu zawarcie umowy ramowej, na okres nie przekraczający 8 lat, bez uzasadniania swego stanowiska i wskazywania szczególnych okoliczności uprawniających do zawarcia umowy na wskazanych warunkach, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że zamawiający narusza konkurencję i stawia warunki nieuzasadnione obiektywnymi czynnikami.(...)

Jednocześnie podkreślić należy, że zamawiający, wszczynając procedurę mającą na celu zarówno umowy ramowej, jak i umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie ma obowiązku zapewnienia udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom, które zgłaszają wyrażają taką chęć. Prawie nigdy nie jest możliwe ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców przystąpienia do postępowania, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której wykonawca nie spełnia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu czy warunków realizacji przyszłej umowy.

Art. 405 ust. 2 pkt 3

144. Wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2897/21

Odwołujący podnosił, że art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy w obecnym brzmieniu nakłada na zamawiającego obowiązek badania informacji otrzymywanej od właściwych służb w celu ustalenia czy zachodzi przesłanka wykluczenia z powodu uznania wykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej dla wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 20210 r. o ochronie informacji niejawnych. Odwołujący wywodził tę okoliczność z faktu posłużenia się w tym przepisie sformułowaniem „zamawiający może wykluczyć wykonawcę”. Odwołujący wywodził z tego, że w przeciwieństwie do art. 131 e ust. 1 pkt 5 starego Pzp ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku wykluczania, a zamawiający ma obowiązek zweryfikować, czy rzeczywiście wykonawca utracił wiarygodność. W ocenie Izby jednak użycie sformułowania „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” oznacza jedynie to, że ustawodawca zdecydował się przesunąć przesłankę utraty wiarygodności z dotychczasowych przesłanek obligatoryjnych – art. 131 e ust. 1 starej ustawy, do przesłanek fakultatywnych dotychczas ujętych w art. 131 e pkt. 1b starej ustawy. Tym samym wybór jaki zamawiającemu pozostawił ustawodawca sprowadza się wyłącznie do oceny tego, czy będzie wykluczał wykonawcę uznanego za niewiarygodnego czy też nie zdecyduje się na takie wykluczenia na etapie opracowywania dokumentów zamówienia. Ustawodawca dał także zamawiającemu dodatkowy instrument pozwalający na wycofanie się z wykluczenia tak obligatoryjnego (art. 405 ust. 1 nowego Pzp) jak i fakultatywnego (art. 405 ust. 2 nowego Pzp), pod warunkiem, że zamawiający przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym – art. 405 ust. 8 ustawy. W ocenie Izby taka konstrukcja przepisów pozwala z jednej strony zamawiającemu zdecydować jak głęboko będzie weryfikował wykonawcę – czyli czy zastosuje wykluczenia z art. 405 ust. 2, w tym z pkt 3 czy też nie i z drugiej zamawiający może także podjąć decyzję, że dopiero na etapie badania wniosków zdecyduje, czy będzie wykluczał wykonawcę, czy też nie, czego jednak warunkiem jest przewidzenie tej możliwości w ogłoszeniu.

W tym postępowaniu zamawiający skorzystał z fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, co wprost wskazał w sekcji III.2.1 pkt 1 ogłoszenia, ale zamawiający nie skorzystał z możliwości ujęcia w ogłoszeniu dopuszczalności odstąpienia od wykluczenia z art. 405 ust. 8 ustawy. Przeciwnie zamawiający wprost wskazał, że jeśli wystąpi przesłanka wykluczenia z art. 405 ust. 2 pkt 3 ustawy, to wykluczy wykonawcę. W ocenie Izby zatem użyte sformułowanie „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” dotyczy tylko etapu przygotowania zamówienia i konstrukcji przyjętej w dokumentacji postępowania. Swoboda zamawiającego sprowadza się do tego czy będzie wykluczał z przesłanek fakultatywnych, czy też nie i czy ze wszystkich, czy też tylko z wybranych. Natomiast jeśli, tak jak w tej sprawie,

zamawiający nie przewidzi możliwości odstąpienia od wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, czyli zamawiający nie zastosuje art. 405 ust. 8 ustawy, to w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ogłoszeniu, ma obowiązek wykluczyć wykonawcę. I tu już nie ma miejsca na swobodę zamawiającego – wystąpiły przesłanki, zamawiający wyklucza wykonawcę. Kiedy zatem wystąpi przesłanka utraty wiarygodności – przesłanka ta występuje w momencie otrzymania przez zamawiającego bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa. Istnienie zatem pisemnego dowodu na posiadanie przez właściwe służby informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa, jest dla zamawiającego wystarczającym i jedynym dowodem na zaistnienie przesłanki wykluczenia z postępowania odwoławczego. Zamawiający ma zatem obowiązek zbadać, czy zaistniała przesłanka wykluczenia, którą przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i w tym celu zamawiający kieruje wniosek do właściwych służb i uzyskując odpowiedź bada jej treść ustalając, czy właściwa służba przekazała mu, że jest w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, czy takich informacji nie posiada. Natomiast zamawiający nie został wyposażony w mechanizm weryfikacji zgodności tej informacji z rzeczywistym stanem faktycznym. Zamawiający zatem jeśli otrzyma informację o tym, że służby są w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, jest nią związany i zobowiązany do wykluczenia wykonawcy (oczywiście o ile nie skorzystał z art. 405 ust. 8 ustawy).

Zbieranie informacji o danym podmiocie i ocena jego wiarygodności z punktu widzenia obronności i bezpieczeństwa państwa zostało powierzone wyspecjalizowanym organom państwowym, nie jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego. Tym samym jest to postępowanie zewnętrzne, którego tylko sam wynik w postaci pisemnej informacji jest przekazywany jako dowód w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu weryfikacji istnienia przesłanki wykluczenia. Należy także zauważyć, że gromadzenie informacji o danym podmiocie przez wyspecjalizowane organy nie służy wyłącznie na potrzeby zamawiających w realizowanych przez nich zamówieniach publicznych. Izba natomiast jest organem badającym zgodność z przepisami ustawy zachowań zamawiającego, a nie organów w stosunku do niego zewnętrznych.

Słusznie w tym zakresie zamawiający wskazywał na motyw 67 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym ocena zamawiającego dotycząca wiarygodności konsorcjów ma charakter arbitralny, gdy nie zostanie oparta na ocenie dokonanej przez właściwą służbę państwową. Wytyczne zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach

obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U rz. UE L. 216 z 20.08.2009 r., str. 76 ze zm.) wskazują na możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego (art. 39 ust. 2 lit. e). Zgodnie z motywem 65 wykluczenie wykonawcy jest możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Punkt (e) nie przyznaje całkowitej dyskrecjonalności zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi być oparte na ryzyku dla bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do wykazania, jeśli to konieczne, w toku specjalnych procedur odwoławczych, że istnieją obiektywne i weryfikowalne czynniki wskazujące na brak wiarygodności, który powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa kraju. Właściwym środkiem dowodowym dla oceny wiarygodności wykonawców są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie. Jak wynika z tego motywu – środkiem dowodowym są w tym przypadku informacje od właściwych organów państwowych, w kontekście niniejszej sprawy – Służby Kontrwywiadu Wewnętrzny, która przekazała zamawiającemu wynik tych działań w postaci pisma z dnia 15 września 2021 r. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Art. 431

145. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21

Podkreślić należy, że postępowanie jest prowadzone według przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku. W nowej Pzp wprowadzono szereg rozwiązań służących zrównoważeniu pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zmiany te mają na celu nie tylko ograniczenie jednostronnego kształtowania umów przez zamawiających oraz przerzucania nieproporcjonalnych ryzyk kontraktowych na wykonawców, ale także wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i następnie ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nowa Pzp statuuje w art. 431 Pzp obowiązek realizacji zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów obu stron umowy wyrażające się w podniesionej do rangi zasady, obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy. Jednakże ustawa nie precyzuje na czym to współdziałanie miałoby konkretnie polegać. W takiej sytuacji należy odnieść się wprost do uregulowań art. 354 § 1 i 2 k.c., który określa zasady współpracy stron i dążenie do ich równowagi w danym stosunku zobowiązaniowym. W tym zakresie przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, gdzie SN uznał, że „Według art. 354 § 2 k.c. przy wykonywaniu zobowiązania

powinien z dłużnikiem współdziałać wierzyciel. Każdy z nich obowiązany jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy”. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zamawiający tworząc dokumenty zamówieniowe winien skupić się na postawieniu takich warunków udziału i zasad wykonywania zamówienia, aby z jednej strony nie naruszając praw przedsiębiorców do możliwości brania udziału w postępowaniu, a z drugiej strony spowodował takie warunki realizacji zamówienia, aby było możliwe pełne współdziałanie stron podczas realizacji zamówienia.

146. Wyrok z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt KIO 2355/21

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przede wszystkim umowy w sprawie zamówienia publicznego cechuje ich trwałość, gdyż celem ich zawarcia jest należyta realizacja zamówienia publicznego. W ocenie Izby, żądanie Odwołującego wprowadzenia postanowienia umownego, zgodnie z którym wykonawca będzie mógł wypowiedzieć umowę z dowolnych przyczyn, przeczy temu celowi i zagraża interesom Zamawiającego przejawiającym się w utrzymaniu ciągłości świadczenia dla prawidłowego funkcjonowania szpitala. Obowiązek współdziałania, na który powołuje się Odwołujący ma na celu właśnie ustalenie wzajemnych praw i obowiązków pomiędzy stronami w taki sposób aby dążyć do należytej realizacji umowy. Zdaniem Izby ustalenie prawa do wypowiedzenia umowy bez ustalenia okoliczności takiego wypowiedzenia nie wpisuje się w dyspozycję przepisu, którego naruszenie zarzucił Odwołujący. Jeśli chodzi o równowagę stron to Izba zauważa, że Zamawiający przewidział ustawowe przesłanki odstąpienia od umowy – art. 456 ustawy pzp. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że przesłanki wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego mają charakter wyjątkowy, przejawiający dążenie do utrzymania prawidłowej realizacji świadczenia. Wynikają bowiem one z uporczywego nienależytego wykonania umowy bądź utracenia uprawnień do wykonywania umowy przez wykonawcę, a więc dotyczą sytuacji kiedy wykonawca udaremnia cel zawartej umowy jakim jest realizacja całości zamówienia. Ponadto, postanowienia umowne nie wykluczają prawa wykonawcy do rozwiązania umowy na zasadach ogólnych k.c., o czym stanowi par. 13 ust. 7 wzoru umowy. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a mianowicie zmianę projektu umowy z dnia 6 września 2021 r., w myśl której wykreślono w par. 13 ust. 2 wyrażenie „w szczególności”. Wprowadzona zmiana zamknęła katalog możliwych przesłanek wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego ograniczając je do wyżej wymienionych.

Art. 433 pkt 2

147. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3277/21

Art. 433 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że „projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać: (...) 2) naliczania kar umownych za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”. Oznacza to, że Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, tj. takie, które są niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W tym konkretnym przypadku przewidziane we wzorze umowy kary umowne są związane z prawidłowym wykonaniem umowy. Chodzi bowiem o stawiennictwo i obecność kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych na budowie w przypadku zaistnienia sytuacji, w których obecność tych osób na budowie z uwagi na obowiązek czuwania nad prawidłowym przebiegiem realizacji umowy będzie konieczna. Osoby te powinny być więc dostępne w trakcie całej budowy. Temu przecież służy spełnienie wymogów SWZ i dysponowanie osobami o określonym doświadczeniu, kwalifikacjach i uprawnieniach.

Art. 433 pkt 3

148. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3260/21

Izba stwierdziła, że sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerwania odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców. Ponadto argumentacja podniesiona przez zamawiającego prowadzi do wniosku, że kwestionowane w odwołaniu postanowienie (ostatnie zdanie art. 2 ust. 2 Projektu Umowy) jest w istocie zbędne, skoro zamawiający i tak nie będzie w stanie ustalić, kiedy wykonawca wykrył wadę Dokumentacji Przetargowej, a zatem nie będzie w stanie ustalić, czy wykonawca zgłosił wadę z zachowaniem, czy z uchybieniem 3-dniowego terminu. Dodatkowo, skoro przedłużenie terminu realizacji Umowy może nastąpić, jeżeli zachowanie terminów stanie się niemożliwe z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, to w świetle odpowiedzialności zamawiającego za dokumentację przetargową, nawet jeśli wykonawca uchybi terminowi z art. 2 ust. 2 Projektu Umowy, będzie mógł domagać się przedłużenia terminu realizacji Umowy w oparciu o art. 19 ust. 8 pkt 6 Projektu Umowy. W świetle okoliczności podniesionych przez zamawiającego, wyznaczenie 3-dniowego terminu, po upływie którego wykonawca traci prawo do żądania przedłużenia terminu realizacji zamówienia, nie ma zatem znaczenia, gdyż zamawiający nie będzie w stanie ustalić zachowania tego terminu, a wykonawca będzie się mógł powoływać na niezawinione przez siebie przyczyny skutkujące koniecznością wydłużenia terminu realizacji Umowy. Ze względu na powyższe okoliczności, w tym z uwagi na fakt, że to zamawiający ponosi

odpowiedzialność za dostarczoną przez siebie Dokumentację Projektową, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie ww. zarzutu i nakazała zamawiającemu usunięcie kwestionowanego postanowienia.

149. Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3335/21

Odwołujący przedmiotowy zarzut opierał na twierdzeniu, że zakwestionowane w odwołaniu postanowienia umowne przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację projektową dostarczaną przez Zamawiającego, a zatem za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co uznać należy za niedozwolone na gruncie ww. przepisu postanowienie Projektu Umowy. W ramach uwag natury ogólnej zauważyć należy, że na gruncie prawa cywilnego za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się takie postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie, które kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego). Kodeksy cywilny wskazuje zatem, iż o abuzywności postanowień umownych świadczy co do zasady ustalenie praw i obowiązków jednej ze stron umowy w sposób rażąco naruszający jej interesy i sprzeczny z dobrymi obyczajami, przy czym celem omawianego przepisu jest przede wszystkim ochrona konsumentów. Swojego rodzaju odpowiednikiem tej regulacji na gruncie ustawy Pzp, chroniącym jednak interes wykonawcy (a zatem przedsiębiorcy, podmiotu profesjonalnego) jest art. 433, w świetle którego za niedozwolone należy uznać co do zasady takie postanowienia, które kształtują obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z jego realizacją. Ustawodawca, dążąc do zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, zdecydował się wprowadzić do ustawy Pzp przepis zakazujący stosowania w umowach klauzul nakładających na wykonawcę obowiązki rażąco nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Katalog klauzul abuzywnych ma w przypadku ustawy Pzp charakter zamknięty. Wśród tego rodzaju klauzul art. 433 wymienia m.in. postanowienia umowy przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej wyrażoną w art. 471 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik (wykonawca) na gruncie regulacji prawa cywilnego co do zasady nie będzie zobowiązany do naprawienia szkody w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Z kolei w sytuacji przyczynienia się przez wierzyciela (zamawiającego) do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia przez dłużnika (wykonawcę) ulega co do zasady odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron (por. art. 362 Kodeksu cywilnego). Wskazać, jednak należy że art. 473 Kodeksu cywilnego (zgodnie z którym dłużnik może przez

umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi) daje stronom możliwość odstąpienia od zasad ogólnych i uregulowania odpowiedzialności umownej w inny sposób, w szczególności rozszerzenia jej na przypadki, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca, mając na uwadze, że kształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego ma co do zasady charakter jednostronny, dążąc do ochrony wykonawców, ograniczył ww. swobodę kontraktową, wprowadzając zakaz obarczania wykonawcy odpowiedzialnością za te okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Mając powyższe na uwadze co do zasady zgodzić trzeba się z Odwołującym, że za niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 3 ustawy Pzp należałoby uznać takie postanowienia umowne, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej, którą Zamawiający przekazał wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku objęte zakresem zaskarżenia postanowienia Projektu Umowy nakładały na wykonawcę taką właśnie odpowiedzialność za Dokumentację Projektową przekazaną wykonawcom przez Zamawiającego (będącą elementem dokumentów zamówienia), a jako takie, aby stanowiły klauzule abuzywne, o których mowa w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 433 pkt 4

150. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3233/21

(...) za prawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który podnosił, że w dokumentach zamówienia Zamawiający winien określić minimalną wielkość lub wartość zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający podał jedynie dane szacunkowe dotyczące liczby mieszkańców, przewidywanej ilości gospodarstw domowych, czy też dane historyczne dotyczące rodzaju i ilości odebranych odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez mieszkańców do PSZOK. Na podstawie danych historycznych zawartych w tabelach nr 5 i 6 SWZ dotyczących ilości odpadów odebranych w 2021 r. wykonawca obowiązany był oszacować cenę oferty. W ocenie Izby z postanowień SWZ, w tym wzoru umowy, nie wynika jednak minimalny gwarantowany zakres świadczenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Innymi słowy, w dokumentach zamówienia Zamawiający nie podał gwarantowanego zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany będzie odebrać i zagospodarować. Powyższe rozważania dotyczą także §13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział ograniczenie zakresu umowy, nie precyzując minimalnego zakresu zobowiązania Zamawiającego, co pozostaje wprost w sprzeczności z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Ww. postanowieniu umownym Zamawiający zastrzegł możliwość odstąpienia od realizacji części zamówienia i związanej z tym zmiany wynagrodzenia, pod

warunkiem wystąpienia obiektywnych okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, a które powodują, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia zakresu zamówienia powodowałoby dla Zamawiającego niekorzystne skutki z uwagi na zamierzony cel realizacji przedmiotu zamówienia i związane z tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Art. 439 ust. 2

151. Wyrok z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2365/21, KIO 2368/21, KIO 2369/21

Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia” bez wskazania, czy chodzi o wartość „w górę”, tj. wartość o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o wartość „w dół”, tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych” zmian wynagrodzenia w obie strony, celem ustalenia ekwiwalentności świadczeń stron.

Niewątpliwie Zamawiający w tym postępowaniu zaniechał określenia wartości, o jaką wynagrodzenie zostanie zmniejszone gdy wartość wskazanych przez niego wskaźników doprowadzi do takiej sytuacji. Ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby określenie takiego poziomu było naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, ponieważ prowadziłoby do obowiązku płacenia za usługę więcej niż jest ona warta jest o tyle nietrafione, że jak wskazano wyżej, obowiązek określenia tej wartości wynika wprost z art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Ponadto, jak słusznie argumentował Odwołujący X, wykonawca ponosi również w związku z wykonywaniem usługi koszty stałe, stąd też musi mieć zapewniony pewien minimalny poziom płatności w sytuacji zmiany wartości wskaźników mających przełożenie na obniżenie ceny oferty. Propozycja Odwołującego X zarówno uwzględnia brzmienie art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, jak i wydaje się w ocenie Izby racjonalna i wyważona. W tym miejscu, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z rozprawy i pism procesowych, Izba wskazuje, że aktualnie sytuacja gospodarcza jest trudna do przewidzenia na kilka lat naprzód, choćby z uwagi na stan zagrożenia epidemiologicznego w związku z COVID-19 i niestabilną sytuację gospodarczą w kraju i na świecie. Niewątpliwie wykonawcy chcący wziąć udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą przyjąć szereg założeń w perspektywie 8 letniego czasu trwania umowy, stąd też limit 5% jako wynikający z przedłożonej przez Zamawiającego opinii eksperta, którą Izba traktuje jako opinię prywatną, a która jest datowana na 23 września 2021 r., zatem została sporządzona w trakcie postępowania odwoławczego, Izba uznała za niewystarczający. Po pierwsze, limit ten wynika z wyliczeń, które stanowią jedynie prognozę. Po drugie, limit ten w zasadzie

odpowiada wysokości prognozy, nie zostawiając pola do ewentualnych wahań tej wartości. Już choćby z perspektywy zbliżającego się roku 2022 widać, że będzie to kolejny rok, w którym wskaźniki mogą ulegać dużym wahaniom, a prognoza eksperta zdaje się odnosić do stabilnej sytuacji gospodarczej w latach następnych. Takie założenie może okazać się nie do końca miarodajne. Z tych względów oba odwołania w zakresie zarzutów dotyczących określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia wskazanych w załączniku nr 12 do wzoru umowy zasługiwały na uwzględnienie.

152. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2939/21

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o tym, że Zamawiający przewiduje wzrost wynagrodzenia o wskaźnik inflacji dla towarów i usług konsumpcyjnych, w oderwaniu od realnych kosztów rzutujących na wynagrodzenie wykonawcy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, stwierdzić należy, że pełne brzmienie § 18 ust. 8 wzoru umowy nie potwierdza tej tezy. Zauważenia wymaga, że chociaż w postanowieniu tym pojawia się stwierdzenie, że *cenę jednostkową netto za świadczone usługi mogą podlegać nie częściej niż co 12 miesięcy waloryzacji o wskaźnik inflacji*, to jednak w dalszej części § 18 ust. 8 wzoru umowy zostało szczegółowo uregulowane, w jaki sposób zostanie zwaloryzowane wynagrodzenie. Zamawiający wskazał bowiem, że *określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia będzie dokonywane na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę szczegółowych wycień proponowanej nowej wysokości tych cen oraz dokumentów poświadczających dokonane kalkulacje i wyczenia*. Zamawiający podał również, że *zobowiązuje się do uwzględniania prawidłowo wyliczonych zmian i zawarcia stosownego aneksu do umowy, w terminie 40 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z kompletem żądanych dokumentów. Zmiana wysokości cen nastąpi od dnia zawarcia aneksu do umowy*. Powyższe oznacza, że wynagrodzenie będzie podlegało takiej zmianie, jaką wykaże wykonawca w odniesieniu do kosztów wykonywania zamówienia. Z kolei stwierdzenie we wstępie tego postanowienia o waloryzacji o wskaźnik inflacji należy natomiast uznać za sprzeczność będącą wynikiem niestarannego przygotowania wzoru umowy. Nie może to jednak prowadzić do pominięcia szczegółowej regulacji określającej zasady zmiany wynagrodzenia. Zatem twierdzenie, jakoby zmiana wynagrodzenia była oderwana od rzeczywistej zmiany kosztów towarzyszących usługom odbioru i zagospodarowania odpadów, nie ma oparcia w pełnym brzmieniu § 18 ust. 8 wzoru umowy.

Niezasadne jest również twierdzenie Odwołującego, że z uwagi na zastrzeżenie, że klauzula waloryzacyjna uruchamia się dopiero, gdy średnioroczny wskaźnik inflacji w danym roku będzie wyższy o 3% od średniorocznego wskaźnika inflacji w poprzednim roku, to jej zastosowanie jest w praktyce mało realne. Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że – biorąc pod uwagę, iż obecny wskaźnik inflacji wynosi ok. 5% – to w świetle powyższego zastrzeżenia uruchomienie klauzuli waloryzacyjnej nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik inflacji osiągnie 8%. Abstrahując w tym miejscu od oceny, czy istnieje realne prawdopodobieństwo, że wskaźnik

inflacji w okresie realizacji zamówienia wyniesie 8%, wskazać należy, że konieczność taka nie wynika z wzoru umowy. Zamawiający wskazał bowiem, że klauzula waloryzacyjna uruchamia się, gdy średnioroczny wskaźnik inflacji w danym roku będzie wyższy o 3% (a nie o 3 punkty procentowe) od średniorocznego wskaźnika inflacji w poprzednim roku. Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający odwołuje się do wzrostu o 3 punkty procentowe nie ma żadnego oparcia w brzmieniu § 18 ust. 8 wzoru umowy, gdzie wyraźnie jest mowa o wzroście o 3%, a nie o 3 punkty procentowe. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw, aby jasne i precyzyjne postanowienie interpretować wbrew jego literalnemu brzmieniu. W konsekwencji należy stwierdzić, że przy takim postanowieniu umowy uruchomienie klauzuli waloryzacyjnej nastąpi, gdy wskaźnik inflacji wyniesie ok. 5,15%, (tj. obecny wskaźnik inflacji powiększony o 3%), co jest nie tylko realne, ale i niemal pewne.

Art. 441

153. Wyrok z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2450/21

Opisania opcji w wymiarze kilkunastokrotnie przekraczającym zamówienie podstawowe nie uzasadnia też to, że zamawiający nie ma zagwarantowanych środków na sfinansowanie obsługi prawnej w kolejnych latach. Rozwiązaniem tej sytuacji nie może być bowiem opisywanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji w sposób naruszający ww. przepisy. Zamawiający może natomiast każdorazowo po uzyskaniu gwarancji otrzymania środków finansowych na kolejny okres, udzielić zamówienia na ten okres. Jeżeli jednak w przyszłym ewentualnym postępowaniu zamawiający zdecyduje się skorzystać z prawa opcji, jej zakres nie może przekraczać zakresu zamówienia podstawowego i musi zostać doprecyzowany co do warunków skorzystania z prawa opcji, w tym ilości i długości etapów objętych opcją.

Art. 462 ust. 2

154. Wyrok z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2353/21

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego jakoby złożone samodzielnie przez X zobowiązanie podmiotu trzeciego doprecyzowujące zakres prac, który zostanie zrealizowany przez X prowadziło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający jest uprawniony, a nie zobowiązany do żądania od wykonawców przedstawienia w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, o ile są już znani. Tym samym fakultatywność żądania od wykonawców podania informacji o części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wskazuje na jej informacyjny charakter i nie wyznacza treści oferty. Charakteru takiego nie będzie miało jednak wskazanie przez wykonawcę w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć

podwykonawcom, w sytuacji określonej art. 60 ustawy Pzp. W sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań czy prac, oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie co do zakresu realizowanych prac, stanowi treść przyszłego zobowiązania wykonawcy, a zatem podlega badaniu pod kątem przesłanki odrzucenia oferty. Podkreślić jednak należy, iż powyższa sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy, bowiem jak wynika z rozdziału XXXIII SWZ, zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w ramach realizacji zamówienia.

155. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2780/21

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, który w pkt 5 tejże oferty oświadczył: „ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: całość robót zamierzamy powierzyć podwykonawcom”. (...)

Z treści PFU wynika zatem, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno wykonanie robót budowlanych, jak i wykonanie dokumentacji projektowej. Przystępujący wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcom „całość robót”. Użyte przez przystępującego słowo „robót” należy zatem rozumieć w ten sposób, że zamierza on powierzyć podwykonawcom tę część zamówienia, która obejmuje roboty budowlane. Nie ma natomiast podstaw, by uznać, że używając ww. słowa przystępujący miał na myśli wszystkie elementy wchodzące w zakres zamówienia, nie tylko roboty. Taka interpretacja odwołującego nie ma oparcia ani w literalnym brzmieniu oświadczenia zawartego w ofercie przystępującego, ani w żadnym innym dokumencie. Oznacza to, że w stanie faktycznym sprawy nie można stwierdzić, że zamiarem przystępującego jest powierzenie całości zamówienia podwykonawcom, gdyż jak wskazano już wyżej – jego oświadczenie dotyczy wyłącznie tej części zamówienia, która obejmuje roboty budowlane. Przystępujący zamierza zatem powierzyć podwykonawcom część zamówienia, a nie jego całość. Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, odwołanie podlegało oddaleniu.

Art. 464

156. Wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1381/21, KIO 1388/21

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, zgodnie z którym brzmienie art. 464 Pzp wyłącza możliwość wpływu zamawiającego na treść umów zawieranych między wykonawcą a podwykonawcą, których przedmiotem są dostawy lub usługi. Taki zakaz nie wynika *explicite* z żadnego przepisu ustawy, w szczególności art. 464 Pzp nie sprzeciwia się kształtowaniu przez zamawiającego umów podwykonawczych na dostawy lub usługi. Zakaz taki jest jedynie wyinterpretowany przez odwołującego, który zdaje się wnioskować w ten sposób: skoro ustawa stanowi jedynie o treści umów podwykonawczych na roboty

budowlane, to treść umów podwykonawczych na usługi lub dostawy pozostawiona została całkowicie uzgodnieniu między wykonawcą a podwykonawcą.

Izba nie zgadza się z tym kierunkiem wykładni wskazując na art 463 Pzp, do którego odsyła art. 464 ust. 3 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Z zestawienia norm przywołanego przepisu oraz art. 464 Pzp wynika, że ustawodawca zwrócił szczególną uwagę na umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, jednak ustalił pewne standardy w odniesieniu do wszystkich umów podwykonawczych niezależnie od ich przedmiotu.

157. Wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3285/21, KIO 3317/21

Przywołane przepisy dotyczą umów, których przedmiotem są roboty budowlane, natomiast zamawiający przez ukształtowane przez siebie postanowienia § 16 PPU chciałby zastosować wynikające z nich dyrektywy w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego, którego przedmiot został opisany jako usługa. W ocenie Izby działanie zamawiającego podlega ocenie z uwzględnieniem wynikającej z art. 353¹ k.c. przesłanki właściwości (natury) stosunku. Zamawiający przewiduje bowiem wpływ na relacje umowne między wykonawcą, a podwykonawcą na zasadach przewidzianych dla umów w sprawie zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane. Zamawiający buduje swoje stanowisko w oparciu o dwa elementy: mieszany charakter umowy oraz odpowiedzialność solidarną za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Odnosząc się do kwestii właściwości stosunku prawnego Izba zważyła, że przedmiot postępowania przewiduje obowiązki wykonawcy, które mogłyby zostać uznane za roboty budowlane, czyli prace polegające na uzupełnieniu nawierzchni stanowiące remont. Jednak – jak wskazał sam zamawiający – stanowią one zobowiązanie starannego działania wykonawcy, a zatem ich natura prawna jest inna niż w przypadku umowy o roboty budowlane, które są zobowiązaniem rezultatu. Konsekwentnie - również z uwagi na przeważającą wartość usług, do postępowania, a tym samym do wzoru umowy stosuje się regulacje prawa dotyczące usług. Zamawiający we wzorze umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia nie dokonał ścisłego wyodrębnienia i podziału na roboty i usługi. Umowa przyjęła jednolitą formę, bez względu na charakter prac. W konsekwencji nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do usług, w sytuacji gdy natura obu stosunków prawnych jest inna. (...) Za nietrafne Izba uznała powołanie się przez zamawiającego na przyjętą na siebie solidarną odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy. O istocie tej odpowiedzialności stanowi art. 366 § 1 k.c., zgodnie z którym kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich

lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie solidarna odpowiedzialność powinna wprost wynikać z treści przepisu bądź z treści czynności prawnej. Zamawiający nie wykazał, ani przepisu ustawy, ani postanowienia umowy, z którego by ta odpowiedzialność wynikała w sposób bezpośredni. Biorąc pod uwagę zasady przejrzystości oraz pisemności, do zachowania których zamawiający jest zobowiązany, przyjęcie przez niego odpowiedzialności solidarnej nie powinno być domniemywane. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach sporu miał podstawy faktyczne i prawne do ograniczenia zasady swobody umów w ten sposób, że jego ingerencja w umowę, której nie jest stroną, była usprawiedliwiona właściwościami stosunku. Tym samym w okolicznościach badanych postępowań brak jest podstaw jurydycznych do przenoszenia przez zamawiającego regulacji dotyczących umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, do umowy, której przedmiotem są usługi. Pogląd o braku podstaw do ingerencji zamawiającego w postanowienia umów podwykonawczych w postępowaniach, których przedmiotem jest usługa całorocznego kompleksowego (letnie i zimowe) utrzymania dróg na zasadach przewidzianych ustawą w stosunku do umów na roboty budowlane został wyrażony w orzeczeniach Izby z 26 listopada 2021 r.: w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 3267/21.

Art. 505 ust. 1

158. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 913/21

Fakt, że cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, nie oznacza pozbawienia odwołującego prawa do wniesienia odwołania. Po pierwsze, odwołanie stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 Pzp dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego wskazanych w odwołaniu i zgodnie z art. 555 Pzp może być rozpoznanie wyłącznie w tych granicach. Odwołujący zarzucił zamawiającemu wadliwe odrzucenie jego oferty i zaniechanie odrzucenia ofert konkurujących wykonawców, w tym uznanej za najkorzystniejszą oferty przystępującego. Interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę bada się w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś w odniesieniu do przyszłej hipotetycznej czynności unieważnienia postępowania, której zamawiający ewentualnie dokona, jeśli odwołanie zostanie uwzględnione. Unieważnienie postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia nie jest zatem czynnością dokonaną lub zaniechaną przez zamawiającego w badanym postępowaniu. Po drugie, uznaniu, że odwołujący spełnia wymagania wskazane w art. 505 ust. 1 Pzp nie stoi na przeszkodzie również fakt, że skutkiem uwzględnienia odwołania może być unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert. W orzecznictwie Izby zaznaczył się pogląd, że również taka ewentualność nie pozbawia wykonawcy przesłanek interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Pojęcie „dane

zamówienie” użyte w art. 505 Pzp nie jest bowiem ograniczone do umowy, która może być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie (tak TSUE w orzeczeniach z: 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (Fastweb), 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE), 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich) i 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama) oraz przykładowo: wyroki Izby z 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2099/16, 13 października 2017 r. sygn. akt KIO 2021/17, 2 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2007/17 i 2014/17). Wykonawca swojej szansy na zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego może bowiem upatrywać w udziale w kolejnym postępowaniu na dane roboty budowlane, dostawy lub usługi.

Nie podzielono poglądu, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia wyczerpuje się w podnoszeniu zarzutów dotyczących losów jego oferty. Dostrzec należy, że niespornie oferta odwołującego jest mniej korzystna, niż pozostałe oferty złożone w postępowaniu, zatem nawet uznanie, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, nie da odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Dla zapewnienia sobie szansy na uzyskanie zamówienia odwołujący musi podnieść zarzuty wobec pozostałych ofert w postępowaniu, w szczególności wobec uznanej za najkorzystniejszą oferty przystępującego. Ponadto brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do ograniczenia rozpoznawania odwołania i pominięcia zarzutów skierowanych wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Badanie tej czynności w postępowaniach o niższej wartości przewidywały już przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyroki przez SO w Lublinie z 21 grudnia 2016 r. sygn. akt. IX Ga 502/16 oraz SO w Szczecinie w 22 grudnia 2016 r. sygn. akt II Ca 1461/16), zatem tym bardziej czynność ta podlega badaniu na podstawie przepisów obowiązującej ustawy, która zniósła ograniczenia przedmiotowe w zakresie zaskarżanych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniach o niższej wartości.

159. Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2528/21

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 pzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak to trafnie Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być

łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

160. Wyrok z dnia 21 września 2021 r., sygn. akt KIO 2565/21

W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie odniósł się w ogóle do przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego w kontekście wprowadzonego obowiązku odbycia Wizji lokalnej, w której nie brał udziału. Wymaga wskazania w tym miejscu, że brak uczestnictwa w Wizji lokalnej sankcjonowany jest odrzuceniem oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego aktualizuje się, gdy wykonawca nie wziął udziału w Wizji lokalnej a Zamawiający wymagał tego w dokumentach zamówienia. Zasadnym w tym miejscu jest wskazanie, że ustawodawca przewidział „odbycie Wizji lokalnej” co oznacza, że nie przewiduje on wielości prowadzonych Wizji lokalnych. Związane jest to zapewne z tym, że brak udziału w Wizji lokalnej obarczony jest tak daleko idącą sankcją jak odrzucenie oferty z postępowania oraz wymaga od każdego wykonawcy realnego zaangażowania. Ustawodawca nie przewidział możliwości prowadzenia Wizji lokalnej, po wcześniejszym jej przeprowadzeniu, w oparciu o wniosek zgłoszony przez jeden podmiot. Rozwiązanie takie jest bardzo zasadne, bowiem pozwala na dochowanie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady przejrzystości. Warto również odnotować, że ponowne przeprowadzenie Wizji lokalnej na wniosek jednego podmiotu, nie zostało w żaden sposób uregulowane w przepisach, co oznacza, że jest niedopuszczalne. Wynika to chociażby z tego, że nie sposób odpowiedzieć na pytanie czy w tej ponownej Wizji lokalnej „ponownie” muszą brać udział wszyscy zainteresowani wykonawcy – skoro już odbyli Wizję lokalną; jakie sankcje należałoby nałożyć na wykonawcę, który nie wziął udziału „ponownie” w Wizji lokalnej? takich pytań byłoby wiele, lecz w ocenie Izby nie ma potrzeby ich poszukiwania. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził Wizję lokalną a Odwołujący nie wziął w niej udziału i pozbawił się możliwości „skutecznego” złożenia oferty – czyli złożenia oferty, która nie będzie podlegała odrzuceniu. W konsekwencji skoro nie jest w stanie złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest w stanie wykazać przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, których badanie następuje na moment wniesienia odwołania.

161. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21

Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 505 Pzp. Jest wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia we wszystkich trzech częściach postępowania, ma zatem interes w jego uzyskaniu. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu możliwością poniesienia szkody. Ocenie tej nie sprzeciwia się to, że cena oferty odwołującego jest wyższa niż kwota przeznaczona przez

zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Po pierwsze, szkoda, o której mowa w art. 505 Pzp, może mieć charakter hipotetyczny. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utracie ekspektatywy uzyskania zamówienia. Po drugie, wykonawca wnoszący odwołanie od czynności zamawiającego ma prawo domagać się kontroli tej czynności pod kątem zgodności z ustawą. Ewentualne unieważnienie postępowania z powodu braku możliwości udzielenia zamówienia odwołującemu jest przyszłą i niepewną czynnością, której wykonanie wymaga wcześniejszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów odwołania, gdyż prowadziłoby to w istocie do braku możliwości zbadania tej czynności przez organy rozpoznające środki ochrony prawnej. Jest to niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy, która – oprócz przesłanek odrzucenia odwołania – nie limituje zakresu czynności i zaniechań wobec których przysługuje odwołanie. Po trzecie, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania wskazane w art. 505 Pzp powinny być oceniane w związku z zarzutami podniesionych w danym odwołaniu. Zarzuty badanego odwołania dotyczą czynności unieważnienia postępowania z powodu braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie z powodu braku możliwości sfinansowania wykonania zamówienia za cenę podaną w ofercie uznaną za najkorzystniejszą.

162. Wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt KIO 2638/21

Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przepisu tego należy wywieść, że choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Ustawodawca reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej przez konieczność wykazania istnienia przesłanki materialnoprawnej – jest to swoista bariera dostępu do tych środków, która w ocenie Izby ma służyć zapobieganiu wydłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wnoszenie odwołań blokujących możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie służących ochronie uzasadnionych racji wykonawców. Biorąc pod uwagę, że z definicji ustawowych art. 7 pkt. 18 i 25 ustawy i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy wynika, że celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, która ma zaspokajać potrzeby publiczne. Gwarantem tego jest postępowanie prowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz nakaz wyboru wykonawcy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Ustawodawca właśnie z tym celem skorelował przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, stąd też nie od każdej

czynności i zaniechania zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia – zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący takiego interesu ani szkody nie wykazał. Rację należy przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że jedynym uzasadnieniem interesu we wniesieniu odwołania (nawet sam odwołujący nie identyfikuje tego interesu z interesem w uzyskaniu zamówienia – vide pkt V str. 2 odwołania) jest możliwość poniesienia szkody z powodu zatrzymania wadium. Jednak sama szkoda nie jest wystarczająca dla wykazania spełnienia przesłanki materialnoprawnej z art. 505 ust. 1 ustawy. Nadto Izba wyraża pogląd, że również nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. Może bowiem podać przykład możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę bez możliwości wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przykładowo w sytuacji odmowy wydania złożonej próbki. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że dostęp do środków ochrony prawnej przysługuje tylko tym wykonawcom, którzy wykażą i interes i szkodę w takim rozumieniu jakie wynika z art. 505 ust. 1 ustawy, a więc w uzyskaniu zamówienia. W tej sprawie taka sytuacja nie zachodzi. Odwołujący wskazał, że w dniu 27 sierpnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty przystępującego, jednak odwołujący nie kwestionuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w żądaniach nie domaga się unieważnienia tej czynności i przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty. Rację zatem należy przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że odwołujący nie wykazał istnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Sama szkoda z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego (które na datę wyrokowania jeszcze nie nastąpiło, bo zamawiający oświadczył, że nie uzyskał wypłaty z gwarancji wadialnej) nie jest wystarczająca dla uzasadnienia dopuszczalności odwołania i może być dochodzona w postępowaniu przed sądem powszechnym. (...) W ocenie Izby zatem nie jest działaniem prawidłowym podnoszenie zarzutu wadliwego odrzucenia oferty jedynie w celu zwrotu wadium, bez rzeczywistego celu uzyskania zamówienia, gdyż takie działanie nie mieści się granicach ochrony prawnej przyznanej ustawą.

163. Wyrok z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2454/21

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający wybrał prawidłowy tryb postępowania (konkurencyjny), Odwołujący mógłby wziąć udział w postępowaniu i uzyskać zamówienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 16 stycznia 2017 r., KIO 19/17) odwołującego, który kwestionuje wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zaliczyć do kręgu tzw. „innych podmiotów”, o których mowa w ww. przepisie. Zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, z uwagi na niezasadne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Zamawiający wszczął i przeprowadził postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i przepisów ustawy oraz w sposób nieuprawniony przyjął, że zaistniały przesłanki zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. W wyniku niezgodnego z prawem działania Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny. Odwołujący jest bowiem podmiotem profesjonalnie świadczącym usługi tożsame zakresem usługom objętym postępowaniem. Bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów Pzp przez Zamawiającego jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia objętego postępowaniem. Dodatkowo ważne jest, że Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki zamówienia tożsamego zakresem z uprzednią umową dotyczącą zamówienia publicznego, zawartą przez Zamawiającego z Odwołującym, do której rozwiązania doszło m.in. z uwagi na fakt, iż Pan X (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą X), świadcząc tożsame usługi na rzecz Odwołującego i wykonując je nieprawidłowo, stał się przyczyną rozwiązania ww. umowy pomiędzy Zamawiającym a Y, który to z kolei fakt rozwiązania umowy stał się następnie podnoszoną przez Zamawiającego rzekomą podstawą (uzasadnieniem) dla zastosowania trybu z wolnej ręki, Tym bardziej zatem Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w sytuacji, w której zamówienie udzielone zostało w trybie niekonkurencyjnym podmiotowi, którego usługi na rzecz Odwołującego przy okazji wykonywania zamówienia na rzecz Zamawiającego, uprzednio były kwestionowane przez Zamawiającego i stanowiły jedną z okoliczności powołaną jako podstawa rozwiązania umowy pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

164. Wyrok z dnia 3 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3053/21

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania wynika z art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie w ust. 1 wskazano, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Prawo zamówień publicznych pod pojęciem „wykonawcy” rozumie się osobę fizyczną, osobę

prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Na obecnym etapie postępowania, tj. tzw. „etapie specyfikacji warunków zamówienia” potencjalnym wykonawcą będzie więc podmiot, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego.

Odwołujący wskazał, że należy do grupy kapitałowej X, której zasadnicza część działalności opiera się na realizacji prac z zakresu budowy i utrzymania dróg, autostrad, produkcji i recyklingu materiałów konstrukcyjnych oraz realizacji projektów w zakresie inżynierii lądowej, jest więc zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Tym samym jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania co do treści specyfikacji warunków zamówienia.

165. Wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2827/21

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał przestanków określonych art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający podniósł w szczególności, że Odwołujący nie spełnia obecnie i nie spełniałby przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wymogów postawionych przez Zamawiającego, przez co pod wątpliwość poddać należy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający akcentował, iż brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego nie wynika z ukształtowanych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, lecz z wymogów określonych przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (Dz. U. z 2021 r. poz. 182, 904 i 1603) wraz z aktami wykonawczymi, jak również Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020 (PROW 2014-2020).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż w przypadku odwołań wnoszonych na etapie specyfikacji warunków zamówienia każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu. Wystarczające jest także wskazanie, że naruszenie określonych przepisów prowadzi do powstania po stronie wykonawcy hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem. Tym samym pomiędzy objętą odwołaniem czynnością zamawiającego (ukształtowaniem postanowień SWZ) stanowiącą w opinii wykonawcy naruszenie przepisów ustawy Pzp, a utrudnieniem w dostępie do zamówienia publicznego, czy też koniecznością złożenia oferty w warunkach niezgodnych z przepisami prawa, istnieje adekwatny związek przyczynowy, który został przez Odwołującego w tejże sprawie wykazany.

166. Wyrok z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3123/21

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp. Izba stwierdziła, że podnoszona przez Przystępującego argumentacja zasadzająca się na twierdzeniach, że w związku z tym, że Odwołujący winien podlegać wykluczeniu z tego postępowania, nie można uznać, że posiada on interes do wniesienia odwołania, nie zasługiwała na uwzględnienie. Podkreślić należy, że po pierwsze Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym, nie dokonywał oceny podmiotowej Odwołującego, a tym bardziej nie dokonał odrzucenia jego oferty jako wniesionej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp) jako wykluczenia z postępowania. Skoro tak to Izba, stwierdziła, że Odwołujący jako wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania. Po drugie wskazać należy, że zgodnie z art. 525 ust. 4 Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. W związku natomiast z faktem, że twierdzenia i stanowisko Przystępującego co do braku interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania nie były zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie, Izba również z tego powodu oddaliła wniosek Przystępującego.

167. Wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3220/21, KIO 3230/21, KIO 3250/21

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego oraz Przystępujących po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3230/21 i uznała, że konsorcjum X jest uprawnione do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach sporu, gdzie łącznemu rozpoznaniu podlegają również odwołania kwestionujące wynik postępowania, fakt uznania za najkorzystniejszą oferty konsorcjum X traci na doniosłości. Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego źródłem interesu konsorcjum X w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego

unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp potwierdzają, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Zgodnie z art. 254 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Warunkiem zawarcia umowy jest uprzedni wybór oferty najkorzystniejszej w sposób przewidziany w dokumentach zamówienia. Art. 223-226 ustawy Pzp opisują procedurę oceny ofert. Z kolei art. 239-253 ustawy Pzp dotyczą wyboru oferty najkorzystniejszej. Przepisy ustawy Pzp nie zrównują natomiast w skutkach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Potwierdzeniem powyższego jest art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób oraz art. 265 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Oznacza to, że dopiero zawarcie umowy jest równoznaczne z zakończeniem postępowania. Zatem, dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony. Skład orzekający doszedł do przekonania, że konsorcjum X może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanka szkody powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Pojęcie szkody nie ma swojej definicji legalnej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odnosi się do wszelkiego rodzaju pomniejszenia dóbr i interesów prawnie chronionych, wbrew woli zainteresowanego. Szkada, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale też ewentualny. W pierwszym przypadku wykonawca zostaje pozbawiony wprost możliwości uzyskania zamówienia, w drugim przypadku jest jedynie zagrożony możliwością poniesienia szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Taka możliwość istnieje w stosunku do Odwoływającego, którego oferta wprawdzie została wybrana, jednak wybór ten jest kwestionowany przez konkurentów, w szczególności przez odrzucenie ich ofert. Możliwości prawne Odwoływającego nie mogą zatem wyczerpywać się jedynie w obronie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert konkurentów, gdyż jeśli ta się nie powiedzie, Zamawiający może udzielić zamówienia jego konkurentowi, a Odwoływający może jedynie dochodzić swoich praw przed sądem okręgowym. Z uwagi na niesuspensywny charakter skargi na orzeczenie Izby w konsekwencji może dojść nie tylko do udzielenia zamówienia konkurentowi Odwoływającego, ale też do naruszenia przepisów ustawy w związku z tym wyborem, jeżeli Zamawiający wybierze ofertę podlegającą odrzuceniu. Oznacza to

również istnienie związku przyczynowego między możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Na uwagę zasługuje również fakt, że ustawa Pzp przewiduje zawite terminy na wniesienie odwołania. Jeżeli złożenie odwołania nastąpi z przekroczeniem terminu, określonego w art. 515 ustawy Pzp, to stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu. Jeśli więc konsorcjum X nie wniosłoby odwołania, a Zamawiający powtórzyłby czynności związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej (w wyniku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego lub w wyniku orzeczenia Izby) to po ponownej ocenie ofert wniesienie odwołania przez konsorcjum X nastąpiłoby z uchybieniem terminu, gdyż oferta złożona w postępowaniu nie może być zmieniana po upływie terminu składania ofert. Zatem jest niezmienna, niezależnie od tego ile razy zamawiający powtórzy badanie i ocenę ofert. Jeśli więc konsorcjum X nie złożyłoby odwołania po dowiedzeniu się o okolicznościach stanowiących podstawę jego złożenia to w sytuacji ponownego badania ofert, jego odwołanie zostałoby uznane za złożone z uchybieniem terminu, a w konsekwencji odrzucone. Prezentowana interpretacja sprzyja szybkości postępowania o udzielenie zamówienia, daje możliwość badania szerokiego spektrum zarzutów i ogranicza nieleżącą w interesie publicznym przewlekłość postępowania o udzielenie zamówienia. (vide wyrok KIO Z 16 września 2019 r. sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19 oraz KIO 1682/19).

Art. 510 ust. 2

168. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2935/21, KIO 2946/21

Odnosząc się do wniosku X sformułowanego na posiedzeniu o odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 2935/21 (popartego przez Zamawiającego), zgodnie z którym odwołanie złożone przez Y, jak również zakwestionowania skuteczności przystąpienia Y do drugiego z odwołań (KIO 2946/21) (popartego przez Zamawiającego), tj. że zostały podpisane przez osobę nieumocowaną, czyli nieuprawnioną, gdyż p. A. S. jest pracownikiem jedynie spółki Z, Izba, oddaliła niniejsze wnioski uznając je za niezasadne.

X stwierdziło, że art. 510 ust. 2 NPzp mówi o pracowniku spółki, a nie o pracowniku spółki będącej częścią konsorcjum. Uważało, że przepis ten należy rozumieć w sposób ścisły i w konsekwencji uznaje, że osoba p. A.S. mogłaby reprezentować jedynie Z jeżeli podmiot ten występowałby samodzielnie, a nie jako konsorcjum. Dodatkowo sprecyzowało, że w jego ocenie pracownik mógłby być tylko wtedy pełnomocnikiem konsorcjum, jeśli byłby pracownikiem wszystkich członków tego konsorcjum, a nie tylko pracownikiem jednej spółki nawet, jeśli byłaby to spółka będąca liderem. Izba oddaliła oba wnioski Przystępującego X, uznając je za niezasadne. W tym zakresie uznając, że w sytuacji, gdy mamy do czynienia z Odwołującym, który jest konsorcjum, art. 510 ust. 2 NPzp należy interpretować stosownie do statusu Wykonawcy. Jeśli odwołanie składa pracownik spółki, która jest liderem całego konsorcjum i legitymuje się w tym zakresie stosownymi pełnomocnictwami, brak jest

podstaw do kwestionowania czynności wykonywanych przez niego na ich podstawie w postępowaniu odwoławczym. Odmienne stanowisko stanowiłoby nadinterpretacją art. 510 NPzp, gdyż prowadziłyby to do zawężenia możliwości reprezentowania tylko do profesjonalnego podmiotu, co nie było intencją i nie wynika z treści wskazanego przepisu.

Art. 513 Pzp

169. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2817/21

Należy przy tym zwrócić uwagę, że, jak wynika z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wykonawcy na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. W związku z powyższym kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego jest kontrolą w zakresie legalności, tj. zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa, nie zaś ewentualnego stwierdzenia, że dany zamawiający w danych okolicznościach mógłby postąpić w inny sposób, czy w inny sposób skonstruować swoje wymagania.

Art. 516 ust. 1

170. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 roku, sygn. akt KIO 1987/21

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w katalogu żądań ujętych w odwołaniu, nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dokonać zmian opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy. Nie określono minimalnego zakresu wymaganych informacji, które zdaniem Odwołującego uczyniłyby opis przedmiotu zamówienia wyczerpującym. Odwołujący wskazał enigmatycznie, że konieczne wydaje się uwzględnienie w zakresie zamówienia także odbierania odpadów. Nie można nie zauważyć i nie zgodzić się z Zamawiającym, że taka zmiana oznacza przyjęcie całkowicie odmiennej koncepcji, odmiennego zakresu informacji niezbędnych do przekazania wykonawcom i innych uregulowań przyszłej umowy. Odwołujący nie przedstawił w zakresie żądań sposobu wprowadzenia zmian do dokumentów postępowania, nie podano jakiegokolwiek propozycji tych zapisów. W ocenie składu orzekającego Izby, a także ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa, to Odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący

zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Niestaranne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu oraz jego uzasadnienia, a także postawienie żądania w formie blankietowej przez Odwołującego czyni niemożliwym ze strony Izby przychylenie się do zarzutów i żądań na dalszym etapie postępowania. Izba dokonuje kontroli czynności lub też zaniechań czynności zamawiającego, nie jest natomiast władna formułować konkretną treść zapisów w dokumentach postępowania. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie SWZ oraz postanowień umownych nie bez znaczenia pozostaje treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany tych dokumentów - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Żądania wyznaczają oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SWZ lub postanowień umownych. Jak już wskazano w niniejszym orzeczeniu, żądania Odwołującego miały charakter ogólnych oczekiwań, nie odwoływały się do propozycji konkretnych zapisów, co uniemożliwiało Izbie uwzględnienie przedmiotowych zarzutów.

171. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Ustawodawca zobligował odwołującego, aby w terminie na wniesienie odwołania wskazał czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca niezgodność z ustawą, zwięźle przedstawił zarzuty, określił żądanie i wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Określone w odwołaniu zarzuty ustanawiają bowiem granice rozpoznania sprawy przez Izbę, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 555 p.z.p.).

Spotykanym w praktyce problemem, tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, jest usiłowanie podnoszenia po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nowych okoliczności faktycznych, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej, albo próba konwalidowania braków odwołania w zakresie wskazania podstawy faktycznej poprzez wykorzystanie możliwości złożenia dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. W rozpoznawanym sporze jest to szczególnie jaskrawe, ponieważ samo odwołanie jest niezwykle oszczędne w zakresach, które zostały omówione w dalszej części uzasadnienia, a odwołujący poprzez składanie dodatkowych stanowisk pisemnych i wniosków dowodowych usiłował uzupełnić podstawowe braki odwołania. Takie zachowanie strony

zostało jednoznacznie negatywnie ocenione przez orzecznictwo i doktrynę, gdzie wskazuje się, iż granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na jednoznacznej i precyzyjnej podstawie faktycznej i poza treścią środka zaskarżenia odwołujący nie ma możliwości uzupełniania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle art. 555 p.z.p., brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę (tak Izba np. w wyrokach z 27.01.2020 r. sygn. akt KIO 31/20, z 13.03.2020 r. sygn. akt KIO 431/20, z 11.02.2021 r. sygn. akt KIO 182/21). (...)

Skład orzekający wskazuje, że orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono w ustawie p.z.p. przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich relewantnych okoliczności w odwołaniu. Natomiast odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak podania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego powinien korzystać przede wszystkim we własnym interesie. Aby Izba mogła ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem w ustawie p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego – zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy wykonawca, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 516 ust. 1 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odwołania w ustawowym terminie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia okoliczności faktycznych środka zaskarżenia, taka instytucja jest nieznaną ustawie p.z.p. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi fakty, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to są one spóźnione i nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę.

172. Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21

Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu podstaw faktycznych stawianych zarzutów, dopiero podczas rozprawy próbując nadać im skonkretyzowaną treść. W odwołaniu w żadnej mierze nie zakwestionowano złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, co więcej – stwierdzono, że w ogóle ich nie złożył, co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Podczas rozprawy natomiast Odwołujący twierdził, że wyjaśnienia Odwołującego są błędne i wskazywał, w czym upatruje wadliwości dokonanej wyceny. Zarzuty sformułowane w taki sposób są wadliwe i już z tego powodu nie mogą zostać uwzględnione.

Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione

zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Tak ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie Odwołujący, nie mogą być uznane za prawidłowo określone zarzuty. Zostały one sformułowane w taki sposób, że Izba musiałaby, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji kosztorysu Przystępującego albo umożliwić Odwołującemu sprecyzowanie zarzutów dopiero podczas rozprawy. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona.

Art. 520 ust. 2

173. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2708/21

Odwołujący słusznie wskazał, że zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięcie odwołania nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Odwołujący wyprowadził jednak z tego przepisu całkowicie nieuprawnione wnioski, domagając się uznania za niebyłe czynności Zamawiającego wykonanych po wniesieniu tego odwołania. Tymczasem zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięcie odwołania ma wyłącznie taką konsekwencję, że nie wywołuje ono skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania. Nie sposób natomiast twierdzić, że cofnięcie odwołania powoduje unieważnienie wszelkich zdarzeń faktycznych i prawnych, które zaistniały w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu tego odwołania. Czynności te zostały bowiem faktycznie wykonane, niezależnie od przebiegu postępowania odwoławczego – Zamawiający nie czekał na zakończenie tego postępowania, ale dokonał nowych czynności. Zauważenia wymaga, że Zamawiający jest do takich nowych czynności uprawniony niezależnie od wnoszonych odwołań, może to zrobić również z własnej inicjatywy. Nie ma więc znaczenia okoliczność, że o potrzebie dokonania tych czynności Zamawiający mógł zdecydować po zapoznaniu się z odwołaniem Konsorcjum X.

Art. 525 ust. 1

174. Wyrok z dnia 13 maja 2021 r. sygn. akt KIO 903/21

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 24 marca 2021 r., a zatem trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 29 marca 2021 r. (27 i 28 marca 2021 to sobota i niedziela) i najpóźniej w tej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego winno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r., tj. z uchybieniem wymaganego terminu.

Wykonawca X w dniu 29 marca 2021 r. nadał zgłoszenie przystąpienia przesyłką poleconą w urzędzie pocztowym operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, jednakże zostało ono doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej po upływie trzydniowego, ustawowego terminu. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu, analogicznie jak termin na wniesienie odwołania.

Izba podkreśla, że data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym nie jest równoznaczna z jej doręczeniem w tym terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 580 ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w dniu 29 marca 2021 r. w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której Sąd stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego. Wobec powyższego, wniesienie przystąpienia do postępowania odwoławczego z uchybieniem terminu oznacza, że wykonawca nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Art. 525 ust. 3

175. Wyrok z dnia 4 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1083/21

Izba oddaliła opozycję na posiedzeniu uznając, iż dla oceny skuteczności wniesionego przystąpienia znaczenie, w świetle normy art. 525 ust. 3 Pzp, miało wykazanie istnienia po stronie wykonawcy interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, co nie oznacza potrzeby wykazania możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym

samym, ocena interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie wykonawcy, który dąży do przywrócenia swojej oferty do oceny, a w konsekwencji uzyskania zamówienia, nie może być utożsamiana wyłącznie z oceną wpływu tego rozstrzygnięcia na pozycję oferty Przystępującego w przetargu. Ponieważ decyzja o wykluczeniu Przystępującego z postępowania była ściśle powiązana z czynnością oceny oferty Odwołującego i ustalenia, że obaj wykonawcy należą do grupy kapitałowej, uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść co najmniej jednego z przedsiębiorców powodować będzie stan wskazujący na wadliwość czynności, które obejmowały również drugiego wykonawcę w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania nie może wprawdzie wprost prowadzić do uchylecia wykluczenia Przystępującego z postępowania, to mając na uwadze negatywny wydźwięk uznania, iż wykonawca miała uczestniczyć w zмовie przetargowej, podważenie tej oceny prowadzić będzie również do oczyszczenia tego wykonawcy z zarzutu, bez wpływu na jego dalszy udział w postępowaniu. W ocenie Izby powiązanie podstaw wykluczenia z postępowania obu wykonawców wskazuje na istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Art. 527

176. Wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2964/21

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do stanowiska przystępującego, który odnosząc się do treści art. 527 Pzp stwierdził, że zamawiający dokonał czynności zgodnie z żądaniem w sprawie KIO 2411/21, w związku z tym przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone.

Zgodnie z art. 527 Pzp Na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Przedmiotowy przepis koresponduje z przesłanką odrzucenia odwołania określoną w art. 528 pkt 5 Pzp. W związku z tym wypełnienie dyspozycji zawartej w art. 527 Pzp powinno skutkować odrzuceniem odwołania, a nie jego oddaleniem jak twierdził przystępujący.

Jak wynika z powyżej dokonanych ustaleń Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp. Z treści art. 527 Pzp wynika, że niedopuszczalność odwołania będzie zasadna w sytuacji wykonania czynności przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Natomiast jeżeli zamawiający dokona tych czynności w sposób sprzeczny z wyrokiem lub niezgodnie z żądaniami odwołania, wówczas podmiot uprawniony może ponownie skorzystać ze środka ochrony prawnej. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że wykonawca X w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21 podniósł zarzuty dotyczące naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art.

239 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp. Żądania zawarte w powyżej wskazanym odwołaniu dotyczyły rozpoznania i uwzględnienia odwołania oraz nakazania zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Infrakom;
- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji:
 - wykluczenia Y z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, lub alternatywnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i w efekcie odrzucenia oferty Infrakom;
 - dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty X.

Zamawiający co prawda w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21, jednakże już w treści przedmiotowego pisma poinformował, że m. in. dokona ponownego badania i oceny ofert a w ramach tego wezwie Y do złożenia wyjaśnień związanych z podejrzeniem zaistnienia przesłanek dotyczących wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub alternatywnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W ocenie składu orzekającego dalszą część pisma zamawiającego należało interpretować w ten sposób, że dopiero po potwierdzeniu przesłanek w zakresie wykluczenia zamawiający odrzuci ofertę Y i dokona czynności zmierzających do wyboru jako najkorzystniejszej kolejnej oferty w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze zamawiający nie wykonał wszystkich żądań zawartych w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2411/21, ponieważ nie zdecydował się wykluczyć od razu wykonawcy Y, tylko postanowił wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień było odrębną czynnością w postępowaniu, która mogła być kwestionowana przez wykonawcę X, niezwłocznie po jej dokonaniu lub najpóźniej po czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 27 września 2021 r. Wykonawca X nie zdecydował się wnieść odwołania wobec przedmiotowej czynności zamawiającego. Ponadto w odwołaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, odwołujący podniósł zarzut dotyczący art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, który odnosił się do wyjaśnień złożonych na wezwanie, które zostało zapowiedziane przez zamawiającego już w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. Wezwanie z dnia 9 września 2021 r. oraz wyjaśnienia z dnia 15 września 2021 r. złożone w jego efekcie miały decydujące znaczenie dla czynności zamawiającego, zatem odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp doprowadziłoby do nieuzasadnionego pozbawienia odwołującego możliwości kwestionowania czynności zamawiającego, która nie wynikała z żądań zawartych we wcześniejszym odwołaniu, wniesionym przez konkurencyjnego wykonawcę.

Art. 528 pkt 1

177. Postanowienie z dnia 1 września 2021 r., sygn. akt KIO 2421/21

Regulacje dotyczące działalności sektorowej zostały zawarte w początkowych przepisach Pzp i zostały sprzężone z definicją zamówienia sektorowego (art. 2 ust. 1 pkt 2 Pzp wyznacza progi kwotowe od których zastosowanie ma ustawa w przypadku zamówień sektorowych, art. 5 Pzp określa znaczenie podmiotowo-przedmiotowe pojęć: zamawiający sektorowy oraz działalność sektorowa, natomiast art. 7 pkt 35 Pzp zawiera definicję pojęcia zamówienia sektorowego).

Dla zamawiających sektorowych (w tym zamawiających publicznych prowadzących działalność sektorową i udzielających zamówień w celu wykonywania tej działalności) obowiązek stosowania Pzp przy udzielaniu zamówień sektorowych powstaje dopiero wówczas, gdy wartość tych zamówień odpowiada progom unijnym. W ocenie składu orzekającego nie pozostawało wątpliwości co do faktu, że w postępowaniu wartość zamówienia była niższa od kwot właściwych dla progów unijnych. Wynikało to między innymi z faktu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz informacji podanej na stronie tytułowej SWZ. (...)

Ponadto art. 5 ust. 4 pkt 1 Pzp określa jako rodzaj działalności sektorowej działalność w sektorze gospodarki wodnej. W sektorze gospodarki wodnej działalnością sektorową jest przede wszystkim udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczanie wody pitnej do takich sieci. W art. 5 ust. 5 Pzp sprecyzowano dodatkowo, że na potrzeby działalności prowadzonej m.in. w sektorze gospodarki wodnej pojęcia dostarczanie i dystrybucja należy rozumieć również jako produkcję oraz sprzedaż hurtową i detaliczną. Tym samym w sektorze gospodarki wodnej działalnością objętą przepisami dotyczącymi zamówień sektorowych w Pzp będzie zarówno utrzymywanie i obsługa infrastruktury służącej do świadczenia usług publicznych, tj. przeznaczonych dla ogółu społeczeństwa, w zakresie produkcji, transportu i dystrybucji wody pitnej, jak również dostarczanie wody pitnej do tej infrastruktury.

Przedmiotowe zamówienie miało prowadzić do budowy wodociągów we wskazanych miejscowościach gminy X, co oznaczało, że miało prowadzić do dostarczenia wody dla mieszkańców tych miejscowości. Ponadto jak ustalono powyżej do podstawowych zadań zamawiającego wynikających ze statutu należy m. in. utrzymanie urządzeń komunalnych sieci wodociągowych, prowadzenie działalności gospodarczej i usługowej w zakresie sprzedaży wody oraz prowadzenie inwestycji. Mając na uwadze powyżej cytowane fragmenty SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia oraz postanowienia statutu zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe zamówienie zostało udzielone przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności

sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 Pzp, przez co wypełniona została definicja zamówienia sektorowego określona w art. 7 pkt 35 Pzp.

Izba stwierdziła także, że przedmiotowe okoliczności oraz twierdzenia zamawiającego były właściwie bezsporne. Odwołujący kwestionował wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazując wyłącznie na fakt nieokreślenia przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, że jest to zamówienie sektorowe oraz powołując się na pouczenie dotyczące stosowania środków ochrony prawnej zaprezentowane w rozdziale 18 SWZ. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby nie jest możliwe wniesienie odwołania na czynność podmiotu, który nie będąc zobowiązanym do stosowania przepisów Pzp, mimo to ją stosuje. Powyższego nie zmieniło błędne pouczenie wykonawców w zakresie możliwości wniesienia odwołania do Prezesa Izby, jakie zamieszczono w SWZ. Stosowanie przepisów Pzp w tym błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie mogło wpłynąć na uprawnienie wykonawców (także odwołującego), gdyż to Pzp określa reguły obowiązujące dla zamówień określonego rodzaju i wartości. W konsekwencji Pzp nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania. W związku z powyższym skoro przy zamówieniach sektorowych przepisy Pzp znajdują zastosowanie dopiero przy wartości zamówienia, która jest równa lub przekracza progi unijne, ani czynność zamawiającego, ani decyzje Izby, nie mogą prowadzić do przyznania większych uprawnień niż te jakie *ex lege* wynikają z przepisów Pzp. Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 1 Pzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone.

Art. 528 pkt 2

178. Postanowienie z dnia 15 września 2021 r., sygn. akt KIO 2631/21

Wskazać należy, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy pzp zaliczając do niego wykonawcę, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem tylko podmioty wskazane w przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, a tym samym podmioty spoza tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy. W odniesieniu do pojęcia wykonawcy definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy pzp. Status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia i może ulegać zmianie stosownie do etapu postępowania oraz zachowań podmiotu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zauważa, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantuje wykonawcy zachowania niezmiennie statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co ma także związek z uprawnieniem do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem utracić np.

w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

W sprawie rozpatrywanej należy zauważyć, że zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego; Odwołujący nie kwestionuje tej czynności, a jego odwołania nakierowane są na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku własnego zaniechania wobec czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które przy braku odwołania mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. W przedstawionych okolicznościach skład orzekający podziela zatem stanowisko KIO wyrażone w orzeczeniu z dnia 18 marca 2021 r. KIO 727/21, w którym przywołano także orzecznictwo TSUE, w tym, jak niżej. W wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonymu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna być zostać odrzucona.

179. Postanowienie z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2476/21

Izba wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, środki ochrony prawnej przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy” definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy – wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się |o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane jest pojęcie „wykonawcy” w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu definicji legalnej „Wykonawcy” oraz zbieżności przesłanek odrzucenia wymaga odnotowania, że dotychczasowy dorobek orzecznicy w powyższym zakresie pozostaje aktualny.

Izba podkreśla, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Oferta Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 3 i 4 – pismem z dnia 10 sierpnia 2021 roku – natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową w ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, a wykonawca wykluczony z postępowania. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dla Zadania nr 3 i 4 dokonaną przez Zamawiającego. (...)

Powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 10/21 stwierdził, że „W ocenie Sądu Okręgowego, cel uzasadniający interes tj. potencjalne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być zaakceptowany ale tylko w stosunku do takiego uczestnika, który nie został prawomocnie wyeliminowany z postępowania. Ochrona prawna powinna bowiem służyć takiemu uczestnikowi, który może jeszcze zamówienie uzyskać.

180. Wyrok z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2886/21

Przystępujący wskazywał, że w chwili wniesienia odwołania oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, a sam Odwołujący nie był związany ofertą. W związku z tym oferta Odwołującego nie może podlegać ocenie, ani zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w chwili, gdy upłynął termin związania ofertą oraz oferta przestała być zabezpieczona wadium, zatem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów, w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że należy on do jednej z wyżej wymienionych kategorii. Niewątpliwie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący - wspólnicy spółki cywilnej jako osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, posiadając osobowość prawną w imieniu spółki, złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu – zatem są wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego brak przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium nie przesądza automatycznie o utracie statusu wykonawcy przez Odwołującego. (...)

W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do przyjęcia, iż podmiot zdefiniowany w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, będący osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, z chwilą upływu terminu związania złożoną ofertą przestaje być wykonawcą mogącym składać środki ochrony prawnej. Podkreślić należy, że definicja ta nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którym termin związania ofertą nie upłynął. Dlatego też pomimo upływu terminu związania ofertą, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienie odwołania.

Zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty. Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej termin związania ofertą. Stosownie do art. 307 ust. 1-4 ustawy Pzp Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Do postępowań o wartości poniżej progów unijnych zastosowanie znajduje (stosownie do odesłania zawartego w art. 266 ustawy Pzp) art. 252 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 2, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Powyższe regulacje umożliwiają dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w stosunku do której upłynął już termin związania ofertą, o ile wykonawca wyrazi na to zgodę. Upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę, tylko brak istnienia po jego stronie obowiązku zawarcia umowy. Natomiast wiąże się w zasadzie wyłącznie z negatywnymi konsekwencjami dla zamawiającego, w którego interesie leży sprawne i profesjonalne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą przesądza jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, a po stronie zamawiającego o braku pewności, co do stabilności oferowanych warunków. Nie oznacza jednak braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej – możliwość ta nadal istnieje, ale jest uzależniona od woli wykonawcy.

Powyższe potwierdza uzasadnienie projektu do ustawy, gdzie wskazano, że Zawarte w ustawie rozwiązania prawne w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty wpisują się

w potrzebę zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym celu w art. 252 została przewidziana podstawowa zasada, iż zamawiający ma dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą, który został określony w dokumentach zamówienia, a więc maksymalnie w terminie 90 albo 120 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Upływ terminu związania ofertą nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, o ile wykonawca ten wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty w okolicznościach upływu terminu związania ofertą. W przypadku braku wyrażenia zgody przez wykonawcę, zamawiający będzie miał obowiązek zwrócenia się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta otrzymała w kolejności najwyższą ocenę. Gdy kolejny wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty, zamawiający nie będzie musiał dokonywać ponownej oceny ofert opierając się na przeprowadzonej już ocenie, ale będzie mógł taką ocenę ponownie przeprowadzić, jeżeli uzna to za potrzebne. Proponowane rozwiązanie pozwoli na uniknięcie ryzyka unieważnienia postępowań o udzielenie zamówienia i umożliwi zawieranie umów w sytuacjach, gdy nie było możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624).

181. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3138/21

Zamawiający we wniosku o odrzucenie odwołania odwoływał się do przesłanki zawartej w art. 528 pkt 2 Pzp, która stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505 Pzp. W kontekście przedmiotowego przepisu nie mogło budzić żadnych wątpliwości, że przedmiotowe odwołanie wniósł podmiot uprawniony tj. wykonawca składający ofertę w postępowaniu, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego wniosek zamawiającego nie mógł zostać uwzględniony, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy art. 510 Pzp nie miał zastosowania. Odwołanie z dnia 23 października 2021 r. zostało wniesione przez stronę tj. wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu, a nie przez pełnomocnika strony, co do którego ma zastosowanie przepis art. 510 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, składający się na odwołującego, na podstawie art. 58 ust. 2 Pzp pełnomocnictwem z dnia 9 września 2021 r. ustanowili lidera konsorcjum pełnomocnikiem do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowe pełnomocnictwo określało przy tym uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, co oznaczało, że lider konsorcjum posiadał umocowanie od pozostałych członków konsorcjum do wniesienia odwołania w imieniu wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Pzp nie zakazuje takiej

możliwości w związku z powyższym w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania należało oddalić.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że ocena przesłanek odrzucenia odwołania powinna być prowadzona z zastosowaniem wykładni zawężającej, szczególnie mając na uwadze fakt, że spełnienie którejkolwiek z nich skutkuje zakończeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania odwołania. W związku z tym ustalenie dotyczące odrzucenia odwołania powinno być niewątpliwe i niezbitnie wynikać ze stanu faktycznego sprawy. Jakkolwiek nieprawidłowość pełnomocnictwa w zakresie umocowania określonej osoby (podmiotu) do wykonywania określonych czynności może stanowić podstawę formalnej oceny odwołania przez Izbę, skutkującej uznaniem, że odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się takiej nieprawidłowości.

182. Wyrok z dnia 22 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3542/21, KIO 3552/21

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia. Zatem jedynie podmioty wskazane w art. 505 ustawy Pzp mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do Odwołującego CPW należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wyżej wymienionych kategorii.

Niewątpliwie nie jest uczestnikiem konkursu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 325 i następnego ustawy Pzp, tj. konkursu. Nie można uznać także Odwołującego za inny podmiot, gdyż pod pojęciem innego podmiotu należy definiować jednostkę organizacyjną, czy osobę prawną lub fizyczną, która nie jest ani wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30, ani uczestnikiem konkursu, aktywującą się np. w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu SWZ, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego. Odwołujący nie jest też już wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga podkreślenia, że status wykonawcy, zgodnie z przywołaną definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane było pojęcie „wykonawcy” w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r., a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić - przykładowo - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę, decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Oferta Odwołującego, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową w ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ zawiera szereg błędów. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dokonaną przez Zamawiającego. Odwołujący status wykonawcy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie). Niemniej w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego odwołania zarzutów w zakresie odrzucenia oferty lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował ze swojego statusu „wykonawcy” aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

183. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3679/21

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy” definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i w myśl tego przepisu wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub

ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w przepisie obejmuje, jak wskazuje się w orzecznictwie, potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego - zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12).

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, iż odwołujący nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii.

W szczególności odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp.

Wprawdzie spółka X jest osobą prawną, to nie ona złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyli bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, działający w formie konsorcjum: X i Y. Powyższe wynika w szczególności z treści złożonej przez ww. wykonawców oferty, jak też z informacji z otwarcia ofert czy protokołu postępowania.

Izba przypomina, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, są podmioty wspólnie składające ofertę. Przepis ten bowiem nakazuje stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne - przysługuje także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku podmiotom działającym samodzielnie, wchodzącym w skład konsorcjum.

Art. 528 pkt 3

184. Wyrok z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21

Odwołanie w zakresie zarzutu 3 okazało się spóźnione w odniesieniu do części 1 i 2 postępowania. W zarzucie tym odwołujący domaga się odrzucenia oferty X oraz zaniechania ponownienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty we wszystkich trzech częściach postępowania.

Wiedzę o tym, że zamawiający w związku z uznaniem, że wadliwy opis wymagań dokonany w SWZ uniemożliwia udzielenie zamówienia, nie wykona żądania odrzucenia lub dalszego badania oferty X oraz nie dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, odwołujący powziął już z odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1883/21, w której zamawiający z jednej strony uwzględnił zarzuty odwołania, z drugiej zadeklarował, że nie wykona zasadniczych czynności wynikających z uwzględnienia zarzutów, natomiast wykona czynność nie objętą zarzutami odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem wydanym w sprawie KIO 1883/21 umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie oświadczenia, w którym zamawiający zobowiązał się jedynie do unieważnienia czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do unieważnienia postępowania. Potwierdzeniem kierunku działania zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie było uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w części 3 z 21 lipca 2021 r., w którym zamawiający powielił argumentację wskazaną wcześniej w odpowiedzi na odwołanie. W tym stanie rzeczy oczekiwanie przez odwołującego na unieważnienie postępowania w części 1 i 2 do dnia 30 lipca 2021 r. spowodowało, że odwołujący pomimo, że dysponował wiedzą o okolicznościach faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, nie wniósł odwołania w terminie, którego maksymalną długość wyznacza ustawa. Prezentowany pogląd uzasadnia stanowisko wyrażone przez SN w uchwale z 28 lutego 2013 r. w sprawie III CZP 107/12, w której SN uznał, że w przypadku powzięcia przez wykonawcę wiedzy o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania przed dniem przesłania informacji o dokonaniu tej czynności termin na wniesienie odwołania rozpoczyna swój bieg od pierwszej ze wskazanych dat. Podkreślić należy, wiedza o zaniechaniu odrzucenia oferty nie wynika *explicite* z informacji, którą zamawiający jest zobowiązanych przestać wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, gdyż źródłem wiedzy na ten temat jest zasadniczo informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba zważyła, że nie jest zasadne uznanie na zasadzie analogii, że źródłem wiedzy odwołującego, o tym że zamawiający nie odrzuci oferty X jest dopiero informacja o czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający bowiem swoją wolę w tym zakresie ujawnił znacząco przed tą datą.

185. Postanowienie z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2596/21

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Przepis powyższy ma zastosowanie do sytuacji, gdy wykonawca o zaskarżonej czynności zamawiającego dowiedział się z innych okoliczności, tj. nie z informacji przekazanej przez zamawiającego. Termin ten nie jest uzależniony od sposobu, w jakim informacja dotarła do wykonawcy, lecz musi być liczony od momentu powzięcia informacji przez wykonawcę lub też od momentu, gdy wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

W niniejszej sprawie Odwołujący, powołując się na art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, wniósł odwołanie w piętnastym dniu terminu określonego w tym przepisie, licząc od dnia 17 sierpnia 2021 r., tj. od dnia, w którym Odwołujący otrzymał od Gwaranta pismo (zawiadomienie) z dnia 26 lipca 2021 r. Powyższe zawiadomienie nie zostało przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego, w trybie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w dniu 17 sierpnia 2021 r. dowiedział się bowiem od Gwaranta o okoliczności, że Zamawiający w dniu 21 lipca 2021 r. zwrócił się do Gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. Odwołujący potwierdził w treści odwołania, że nie otrzymał od Zamawiającego informacji o czynności

Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia niniejszego odwołania, lecz od podmiotu trzeciego. Przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp nie może mieć zatem zastosowania w tym przypadku.

Izba wskazuje, że w niniejszym stanie faktycznym do określenia ustawowego terminu na wniesienie odwołania od skarżonej czynności Zamawiającego należy odwołać się do przepisu art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że ustawowy termin 10-dniowy na wniesienie odwołania, powinien być liczony od dnia 17 sierpnia 2021 r., w którym Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania. Termin ten upłynął w dniu 27 sierpnia 2021 r., tymczasem odwołanie zostało wniesione w dniu 1 września 2021 r., tj. w piątym dniu po upływie ustawowego terminu.

186. Postanowienie z 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2402/21

W ocenie Izby obecne odwołanie zawiera zarzut spóźniony w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia wskazując na jego niejednoznaczność, a faktyczna podstawa tego zarzutu została powiązana wprost z okolicznościami, które prowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego i stanowiły podstawę zarzutów odwołania, które Zamawiający w całości uwzględnił (sygn. akt KIO 1815/21). Odwołanie Konsorcjum z 18.06.2021 r. dotyczyło wprost oferty Odwołującego i zawierało żądanie jej odrzucenia ze wskazaniem podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Ustawy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego (Konsorcjum). Wskazane w uzasadnieniu faktycznym zarzutów kierowanych wobec oferty Odwołującego okoliczności dotyczyły zaoferowania w pakiecie nr 3 trzech pojazdów w miejsce czterech wymaganych przez Zamawiającego oraz przyjęcia do wyliczenia ceny zwolnienia, pomimo konieczności zastosowania stawki podatku VAT 8 % (str. 3 i 4 odwołania).

W świetle uzasadnienia, jakie obecnie podnosi Odwołujący wobec ponownej czynności badania i oceny ofert, Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum), są czynnościami wykonanymi zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 18.06.2021 r., które Zamawiający w całości uwzględnił. Odwołujący będąc uczestnikiem postępowania odwoławczego miał możliwość wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, do czego został wezwany. Wniesienie sprzeciwu pozwalałoby na rozpoznanie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego zgodnie z art. 523 ust 3 Ustawy. Ponieważ Odwołujący nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z 13.07.2021 r., na które nie została wniesiona skarga do sądu okręgowego.

Akcentowany w obecnym odwołaniu zarzut zaniechania unieważnienia postępowania odwoławczego nie mógł prowadzić do uznania, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Po pierwsze kwestionowanie postanowień swz na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi do naruszenia terminu na wniesienie odwołania wobec niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Uznanie natomiast, iż niejednoznaczność opisu stała się wiadoma dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej również nie mogło czynić niniejszego odwołania skutecznym. Prowadziłoby bowiem do obejścia przepisów Ustawy nakazujących odrzucenie odwołania wniesionego na czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W ocenie Izby takie działanie nie zasługuje na ochronę prawną, a żądanie unieważnienia postępowania wynika wyłącznie z braku możliwości prawnej obrony oferty własnej z uwagi na błędy, które doprowadziły do jej odrzucenia. Ponieważ zarzut zaniechania unieważnienia postępowania wynika wyłącznie z okoliczności, które musiały prowadzić do powtórzenia czynności w postępowaniu w tym odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Konsorcjum i nie było innych podstaw rzekomej wady postępowania, która mogłaby ujawnić się w toku czynności badania i oceny ofert, nie zachodziły nowe okoliczności otwierające drogę do kwestionowania wyniku postępowania. Reasumując, należy uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 Ustawy.

187. Postanowienie z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt KIO 2894/21, KIO 2895/21

Przepis art. 528 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Zgodnie natomiast z pkt 3 ww. przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do treści art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. W tym miejscu przypomnieć należy, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Tym samym rolą wykonawcy będącego profesjonalistą, od którego wymaga się podwyższonej staranności, jest przanalizowanie całości postanowień treści specyfikacji i zakwestionowanie ich w ustawowym terminie, w przypadku gdy opublikowane dokumenty zamówienia naruszają – w ocenie wykonawcy - przepisy ustawy Pzp, w tym z uwagi na ich niejednoznaczny charakter czy też wzajemną sprzeczność.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21, gdzie trafnie wskazano, że „Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07),

zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia”.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że gdyby nawet przyjąć, iż postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w wyniku usunięcia przez Zamawiającego punktu 4.2 ppkt 7 PFU oraz części opisowej punktu 1 lit. b str. 6 PFU są niejednoznaczne z pozostałymi postanowieniami dokumentacji, w szczególności punktem 4.2 ppkt 8 PFU oraz 4.11 ppkt 1 PFU, to niejednoznaczność ta powstała 27 sierpnia 2021 r. z chwilą dokonania modyfikacji treści SWZ. W konsekwencji powyższego to od tej daty ostatecznie należałoby liczyć termin na wniesienie odwołania wobec dostrzeżenia przez odwołujących się Wykonawców braku precyzji w opisanu postanowień specyfikacji. Odwołujący jednak nie skorzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej i nie zakwestionowali brzmienia specyfikacji, zaś obecnie wskazują na okoliczności kolejnej modyfikacji dokumentacji postępowania jako rozpoczynającej bieg terminu na zaskarżenie czynności Zamawiającego, celem konwalidowania swojego niestarannego działania, czemu nie sposób udzielić ochrony prawnej.

188. Wyrok z dnia 28 października 2021 r., sygn. akt KIO 2937/21

Izba oceniła, że zarzut oznaczone w odwołaniu jako II.3, 4 i 5 nie są zarzutami spóźnionymi, ani podniesionymi jako dotyczące czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z uwzględnionymi żądaniami odwołania. Izba wzięta pod uwagę, także to, że w sprawie KIO 2445/21 nie doszło do rozpoznania merytorycznego przez Izbę, gdyż Izba w dniu 3 września 2021 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania wobec częściowego uwzględnienia i częściowego wycofania odwołania. Tym samym nie miała w sprawie zastosowania przesłanka z art. 528 pkt. 4 ustawy. Co do braku spóźnienia zarzutów odwołania, to Izba ustaliła, że zarzuty odwołania dotyczyły po pierwsze pierwotnego wykazu, którego treść została zmieniona i uzupełniona przez przystępującego w ramach złożonych wyjaśnień jak i wykazu złożonego na wezwanie do uzupełnienia. Tym samym czynność zamawiającego będąca przedmiotem zaskarżenia nie jest tożsamą czynnością, która była

podstawą wniesionego odwołania w dniu 16 sierpnia 2021r. Słusznie zauważył odwołujący na posiedzeniu, że zamawiający może powielać ten sam błąd w kilku następujących po sobie czynnościach, co nie pozbawia odwołującego prawa do kwestionowania prawidłowości takich czynności. Fakt cofnięcia odwołania powoduje, że odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, nie oznacza to jednak, że odwołujący nie może w terminie wnieść odwołania od nowej czynności zamawiającego. Wycofanie odwołania skutkowałoby ewentualnie spóźnieniem w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w sytuacji, gdyby wykonawca próbował wnieść ponownie odwołanie na tę samą czynność zamawiającego. Taka sytuacja w tym postępowaniu nie zachodzi. Przeciwnie. Zamawiający doszedł do przekonania, że pierwotny wybór nie był wykonany prawidłowo, gdyż wobec oferty przystępującego występowały wątpliwości, które skonkretyzował w wezwaniu do wyjaśnień. Należy zwrócić uwagę, że w zakresie pojazdów (...) i (...) zamawiający również wyjaśniał wątpliwości i uzyskał nowe dane, które mogły wpłynąć na ocenę zamawiającego. Tym samym ponowiony wybór nie był wyborem w tych samych okolicznościach, co wybór pierwotny, choć odwołujący podniósł podobną argumentację, ale skupioną wokół wadliwości czynności wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia, jak i oceny tych wyjaśnień i uzupełnienia, które zdaniem odwołującego nadal nie usunęły wadliwości oferty przystępującego. Tym samym Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie było w podnoszonym przez zamawiającego i przystępującego zakresie spóźnione. Nie było ono także odwołaniem wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z żądaniami odwołania. Izba zgadza się z zamawiającym i przystępującym, że uwzględnienie zarzutów II.1 i II.3 pierwotnego odwołania było uwzględnieniem częściowym i zamawiający nie godził się z zarzutami i żądaniami odwołującego w takim zakresie w jakim miałyby one zmierzać do odrzucenia oferty przystępującego. Jednakże czynnościami, do których wykonania zobowiązał się zamawiający było unieważnienie czynności pierwotnego wyboru, czego odwołujący obecnie nie skarży, jak i dokonanie czynności ponowionego badania i oceny oferty i odwołujący także, co do zasady tego ponowienia nie skarży, podnosi natomiast, że ocena ta była wadliwa. W ocenie Izby zatem nie jest to odwołanie w żadnym z zarzutów skierowane przeciwko czynnościom zamawiającego wykonanym zgodnie z uwzględnionymi żądaniami. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw odrzucenia odwołania tak w całości jak i w poszczególnych zarzutach.

189. Postanowienie z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3198/21

Ustawodawca nie pozostawił jednostkom zamawiającym swobody i zobligował je do wskazywania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotnych elementów, które dotyczą warunków zamówienia, w tym podstawowych okoliczności dotyczących realizacji przyszłego stosunku obligacyjnego (tu dot. spornego terminu wykonania umowy – art. 281 ust. 1 pkt 6 p.z.p.), w celu weryfikacji w momencie zapoznania się z dokumentacją postępowania czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie i złożyć ofertę w postępowaniu. Wiedzę o narzuceniu wykonawcom terminu wykonania

umowy do dnia 27 grudnia 2021 r. odwołujący powziął z wcześniej przywołanych fragmentów ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Co istotne, w rozpoznawanym sporze zamawiający odpowiadając na pytania nie dokonał modyfikacji daty wykonania zamówienia. Natomiast fakt, że odpowiadając na pytanie nie wyrażono zgody na zmianę terminu wykonania umowy wskazując, że nie jest to możliwe ze względu na wymogi programowe instytucji udzielającej dofinansowania na realizację zamówienia (odpowiedź na pytanie 1 i 2 z dnia 25.10.2021 r.) nie przywraca wykonawcom terminu na skarżenie brzmienia ogłoszenia i SWZ, wyjaśnienia zamawiającego nic bowiem nie zmieniły.

Okoliczność, że wymaga się realizacji kontraktu do 27 grudnia 2021 r. istniała od dnia opublikowania dokumentów zamówienia i nie uległa zmianie. Nie ma więc podstaw, aby w ustalonym stanie rzeczy zastosować art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p. licząc bieg terminu od dnia odpowiedzi na pytania i przywrócić wykonawcy termin na skarżenie pierwotnej treści SWZ. W przepisie tym mowa o przypadkach innych, niż określone w art. 515 ust. 1 i 2 p.z.p., więc wypełnienie hipotezy art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. – ponieważ odwołanie dotyczy *stricte* treści SWZ i ogłoszenia (których zmiany żąda odwołujący), a nie odpowiedzi na pytanie, która ich w żaden sposób nie zmodyfikowała – powoduje, że art. 515 ust. 3 p.z.p. nie znajdzie tu zastosowania. Skład orzekający zatem stwierdził, że pod pozorem postawienia zarzutu w zakresie treści wyjaśnień dokumentacji przetargu skarżono niezmienną od momentu wszczęcia postępowania treść SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, czyli wskazanie na treść wyjaśnień, które pozostawiają termin wykonania umowy bez zmian, stanowi próbę obejścia uchybienia zawitemu terminowi na zaskarżenie dokumentacji postępowania. (...)

W praktyce często zdarza się, że wykonawcy zadają zamawiającemu pytania, aby wyjaśnić wątpliwości, które powzięli zapoznając się z dokumentacją przetargu, albo żeby spróbować „negocjować” warunki zamówienia i proponują inne ukształtowanie treści SWZ, co może spotkać się z aprobatą zamawiającego lub z odmową. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że niezależnie od tego w jaki sposób przedsiębiorca wykorzystuje instytucję wyjaśnień dokumentacji i jaka może zapaść decyzja zamawiającego, to wykonawca poznaje treść dokumentów zamówienia w dniu ich publikacji i od tej daty liczy się termin na ich skarżenie. Zupełnie inną sytuacją jest, kiedy dochodzi do modyfikacji SWZ (wtedy faktycznie można rozważać czy zaistniały w sprawie nowe okoliczności, o których wiedzę powzięto dopiero od momentu ich ujawnienia wykonawcom), zaś inną jest stan, gdy zamawiający dokumentacji nie zmieni – ponieważ w zakresie niezmienionej treści ogłoszenia lub dokumentów zamówienia termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia wskazanego w art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (por. także postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 18.02.2019 r. sygn. akt: KIO 212/19 i z dnia 09.08.2013 r. sygn. akt: KIO 1810/13).

190. Wyrok z dnia 22 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3265/21

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp. Tym samym Izba oddaliła wniosek

o odrzucenie odwołania. Stanowisko Zamawiającego, który uzasadnił przedmiotowy wniosek twierdzeniem, że odwołanie w rzeczywistości skierowane jest przeciwko treści OPZ, zatem po upływie terminu do wniesienia odwołania było błędne. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że zarówno zarzuty jak i żądania odwołania skierowane były przeciwko ofercie Przystępującego, a sporny między stronami był sposób rozumienia postanowień OPZ oraz odpowiedzi na pytanie dotyczące wymaganej ilości rdzeni kontrolera macierzy. Odwołujący nie dążył do zmiany OPZ czy SWZ po upływie terminu składania ofert, twierdził jedynie, że przy interpretacji postanowień OPZ i SWZ zgodnej ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu, oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu.

191. Postanowienie z dnia 7 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3779/21

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 21 grudnia 2021 r., wobec czego pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 27 stycznia 2021 r. (z uwagi na fakt, że ostatni dzień terminu przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy). Tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero dzień później, w dniu 28 grudnia 2021 r. Izba wskazuje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie ma znaczenia data stempla pocztowego. Podkreślić należy, iż w ustawie Pzp nie zawarto przepisów, które wskazywałyby, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jego wniesieniem, taką regulację przewidziano wyłącznie w odniesieniu do skargi na orzeczenie Izby (por. art. 580 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp). W orzecznictwie Izby wydanym na gruncie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp jednolicie wskazywano, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 528 pkt 5

192. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2708/21

Stanowisko Odwołującego, że po dokonaniu przez Zamawiającego nowych czynności nie mógł wnieść na te czynności odwołania, jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Wskazać należy, że zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dotyczy to zatem sytuacji, kiedy albo Izba określone czynności nakazała wyrokiem, albo kiedy nakaz ten doszedł do skutku w wyniku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie, skoro odwołanie wycofane nie wywołało skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem, to nie mogło również wywoływać skutków takich, jakie ustawa wiąże z jego uwzględnieniem. Innymi słowy, skoro odwołanie jest traktowane jak niebyłe, to nie mogą wystąpić skutki prawne uwzględnienia takiego odwołania. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, odwołanie wniesione na nową czynność nie podlegałoby odrzuceniu. Jeśli Odwołujący z tymi nowymi czynnościami się nie zgadzał, mógł i powinien je zaskarżyć w ustawowym terminie. Nie ma natomiast podstaw, aby kwestionować fakt wszczęcia nowego postępowania w sytuacji, gdy unieważnienie poprzedniego postępowania nie zostało zaskarżone i stało się ostateczne.

Art. 528 pkt 6

193. Postanowienie z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2863/21

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., tj. odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Jak wskazał Zamawiający w punkcie 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami, w tym przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem Systemu Zakupowego X. Szczegółowe informacje o sposobie komunikacji z wykonawcami zostały zawarte w rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia o takim właśnie tytule („Informacje o sposobie komunikacji z wykonawcami”). Z ustaleń Zamawiającego dla postępowania wynika więc, że środkiem komunikacji jest platforma zakupowa – System Zakupowy X i w taki sposób odwołanie powinno zostać przekazane w pierwszej kolejności.

Z informacji przekazanych przez Zamawiającego, którym Izba nie ma podstaw odmawiać wiarygodności, wynika, że Odwołujący, pomimo że wprowadził przedmiotowe odwołanie na platformę zakupową Zamawiającego, nie dokonał jego przesłania Zamawiającemu, a w konsekwencji Zamawiający tego odwołania nie otrzymał.

Co do kwestii przekazania przedmiotowego odwołania za pomocą poczty elektronicznej – również w tym przypadku przekazanie okazało się nieskuteczne. Izba nie posiada bezpośrednich dowodów na informację, jaką otrzymał Odwołujący od serwera poczty Zamawiającego po wysłaniu przedmiotowej wiadomości, jednak jest w posiadaniu odpowiedzi na wiadomość przekazaną przez sekretariat KIO na sporny adres (...) z 30 września 2021 r., godz. 13:36 „Dostarczenie do podanych adresatów lub grup zostało zakończone, ale serwer docelowy nie wysłał żadnego powiadomienia o dostarczeniu”, a następnie o 13:37: „Dostarczenie do wymienionych adresatów lub grup nie powiodło się. Wiadomość nie została dostarczona z powodu odrzucenia przez nadawcę poczty e-mail adresata. Informacje diagnostyczne dla administratorów: ...” Brak natomiast rzeczonyj informacji, którą przekazał Zamawiający w piśmie (pojawiała się ona w odpowiedzi na mail sekretariatu KIO na powyższy adres z 12 października 2021 r.: „Regretfully the user that you attempted to contact is no longer available”).

Jednak, jak słusznie podniósł Zamawiający, pomimo że przedmiotowy adres korespondencyjny był nieaktywny, wskazanym środkiem komunikacji była platforma zakupowa – System Zakupowy X, co do której nie było informacji o awarii lub innych wadach działania 27 września 2021 r., a powyższa droga komunikacji e-mailowej mogła być jedynie dodatkowa i Odwołujący, składając odwołanie, nawet nie załączył dowodu jego przekazania Zamawiającemu w tej właśnie formie.

Przekazanie odwołania zamawiającemu jest czynnością faktyczną, techniczną, konieczną do dopełnienia formalnej skuteczności jego wniesienia do Prezesa Izby, która nie została dokonana w przypadku niniejszego odwołania. W związku z powyższym nastąpiła przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, która jest bezwzględną przesłanką odrzucenia odwołania, niezależną od uznania Izby.

Art. 534 ust. 1

194. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2249/21

Należy podkreślić, iż zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp

ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. 537 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy.

195. Wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2820/21

Jak już wskazano powyżej, Odwołujący nie przedstawił merytorycznego uzasadnienia dlaczego uszczegółowienie OPZ o dodatkowe elementy wskazane w odwołaniu jest niezbędne dla prawidłowego przygotowania oferty. Rozważana dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp przedstawiono jedynie w sposób ogólny, w zdecydowanej mierze poprzez cytowanie poglądów orzecznictwa, bez odniesienia ich do konkretnych postanowień OPZ, które Odwołujący kwestionował. Wywody ogólne o tym, że Odwołujący nie jest w stanie sporządzić oferty czy oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia nie znalazły konkretnego przełożenia na zaskarżone postanowienia OPZ. Tymczasem ogólna retoryka Odwołującego o braku danych, definicji czy przykładów nie stanowi wykazania naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. To obowiązkiem Odwołującego było taki stan rzeczy udowodnić, Odwołujący jednak ani nie przedstawił w tym zakresie stosownej argumentacji, ani nie złożył żadnych dowodów. Zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania zasadności stawianych zarzutów, gdyż to Odwołujący wywodzi ze sposobu ukształtowania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia skutek w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zaniechanie podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej przez podmiot inicjujący postępowanie odwoławcze (wnoszący odwołanie), wiąże się co do zasady z negatywnymi konsekwencjami procesowymi dla tego podmiotu.

196. Wyrok z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21

Warto również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. O ile na podstawie art. 535 p.z.p. odwołujący może przedstawić dowody aż do zamknięcia rozprawy, to okoliczności, z których chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, winien

uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na brzmienie art. 555 p.z.p.

Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy p.z.p. i należy rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności obowiązkiem odwołującego jest bowiem wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione – właściwego wskazania przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania. Stąd zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że „Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji też i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby *de facto* przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.” (*vide* wyrok Izby z 02.08.2019 r. sygn. akt KIO 1384/19).

Art. 551 ust. 2

197. Wyrok z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3759/21

Izba nie uwzględniła również wniosku Odwołującego z dnia 7 stycznia 2021 r. o otwarcie rozprawy i dopuszczenie stanowiska Odwołującego odnoszącego się do dokumentu z dnia 2 grudnia 2021 r., na który Zamawiający powołał się podczas rozprawy. Zgodnie z art. 551 ust. 1 ustawy Pzp przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Po zamknięciu rozprawy nie ma możliwości składania dalszych oświadczeń stron czy przeprowadzenia dowodów. Otwarcie rozprawy na nowo jest uzasadnione wyłącznie w sytuacjach ekstraordynaryjnych, kiedy to ujawnią się nowe

okoliczności bądź pojawią się nowe wnioski dowodowe, nie rozpoznawane uprzednio, które mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. W rozpoznawanej sprawie Izba udzieliła głosu każdej ze Stron i Uczestnikowi dwukrotnie i zamknęła rozprawę uznając sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Odwołujący wywodził konieczność otwarcia rozprawy na nowo wyłącznie z własnej subiektywnej potrzeby odniesienia się do twierdzeń Zamawiającego podniesionych na rozprawie w ramach repliki (w drugiej turze wypowiedzi). Tymczasem otwarcie rozprawy na nowo nie służy umożliwieniu Odwołującemu przedstawienia dodatkowej argumentacji w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego prezentowanych na rozprawie. Ponadto wypowiedź Zamawiającego, do której Odwołujący chciał się odnieść nie dotyczyła nowego dokumentu, nieznanego Odwołującemu wcześniej, lecz jego własnych wyjaśnień (pismo z dnia 2 grudnia 2021 r.) złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie podjął również próby wykazania, że okoliczności, na które powołał się w złożonym piśmie mają dla rozstrzygnięcia sprawy jakiegokolwiek znaczenie, nie mówiąc o znaczeniu istotnym. W konsekwencji Izba pominęła stanowisko zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 7 stycznia 2021 r.

Art. 554 ust. 1 pkt 1

198. Wyrok z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21

Ponadto, w ocenie składu rozpoznającego spór odwołanie sygn. akt: KIO 3095/21 nie mogłoby zostać uwzględnione z powodu treści art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który warunkuje możliwość uwzględnienia środka zaskarżenia przez Izbę. Zgodnie z tą normą uwzględnienie odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta została prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza, wynik przetargu jest dla niego jednoznacznie korzystny, a dodatkowe podstawy odrzucenia ofert jego konkurencji w żaden sposób nie zmienią rozstrzygnięcia postępowania. Gdyby więc nawet potwierdziły się dodatkowe przesłanki do odrzucenia ofert, które zostały prawidłowo wyeliminowane przez zamawiającego z postępowania, to i tak przeszkodą, która uniemożliwia uwzględnienie omawianego odwołania jest brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Odwołanie wnoszone przez zwycięzcę postępowania i zarzuty wobec ofert z dalszych pozycji rankingu lub ofert odrzuconych, w przypadku utrzymania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej – tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, w żaden sposób nie wpłyną na czynność wyboru. Podnoszone przez odwołującego zarzuty pozostają neutralne wobec wyniku postępowania. Przy czym w omawianej normie, kiedy doszło do rozstrzygnięcia postępowania przez zamawiającego, należy uwzględnić faktyczny wpływ na tą czynność, a nie możliwy, hipotetyczny wpływ – zresztą odwołujący na taki potencjalny wpływ nie wskazał, odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste.

Art. 554 ust. 6

199. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21

Izba zauważyła, że istotnym elementem przy odwołaniach na treść SWZ mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest w nowej ustawie przepis art. 554 ust.6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści*. Powyższe brzmienie przepisu w zakresie zakazu możliwości nakazywania zamawiającemu wprowadzania do umowy określonych treści jest postanowieniem nieostrym, nie wskazującym jakich materii postępowania może to dotyczyć, czy tylko dokonywania zmian w samej umowie, czy też w treści SWZ, które w rezultacie także skutkują potrzebą wprowadzenia takich zmian do umowy. Zauważyć należy, że postanowienia wzoru umowy mają odniesienie wprost do treści SWZ i załączników. Gdyby przyjąć powyższe drugie ograniczenie to odwoływanie się przez wykonawców od treści SWZ byłoby skutkowo iluzoryczne, a także wątpliwe proceduralnie, gdyż Izba uznając zasadność zarzutu nie mogłaby nakazać zmiany treści umowy, a co najwyżej wskazać kierunek tych zmian. Taki kierunek rozstrzygnięcia odwołań według Izby, stałby w sprzeczności z ugruntowanym orzecznictwem zarówno sądów – w tym Sądu Najwyższego, co do sposobu formułowania sentencji orzeczenia. SN w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15) SN stwierdził, iż „Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu”. Taki stan rzeczy wynika także z treści przepisu art. 559 ust.2 Pzp, który określa jakie elementy, mające wpływ na konkretne rozstrzygnięcie Izby, winny znaleźć odzwierciedlenie w treści uzasadnienia. Zdaniem Izby tylko procedura wydawania jasno sprecyzowanych stanowisk w sentencji orzeczenia, wskazana także w ww. uchwale SN likwiduje stany niepewności zarówno wykonawców dążących do zaspokojenia swojego interesu, jak i zamawiających, dla których uzyskanie orzeczenia wyczerpująco rozstrzygającego powstały spór ma także duże znaczenie. Zdaniem Izby przepis art. 554 ust.6 Pzp winien być stosowany na zasadzie wyjątku od uprawnienia Izby do szerokiego i pełnego procedowania we wszystkich w sprawach wym. w art. 513 Pzp.

Art. 555

200. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 913/21

Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dostrzec trzeba, że przywołany przepis realizuje podstawowe zasady procedury odwoławczej: równości stron oraz kontrydiktoryjności. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 Pzp przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany przez przepisy ustawy, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby może być wyłącznie ta czynność lub zaniechanie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie czynności lub zaniechania. O treści zarzutu

odwołania decydują bowiem wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne, a te z kolei mają swe źródło w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego z uwagi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu i spór powinien być prowadzony w ich granicach, w przeciwnym razie zakres sporu byłby definiowany na etapie rozprawy, co uniemożliwiłoby rzetelne przygotowanie się stron i uczestnika.

201. Wyrok z dnia 12 października 2021 r., sygn. akt KIO 2449/21

Na wstępie należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach w sposób jasny wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (...). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje także odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (*vide* wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt: KIO 993/17, por. też wyroki Izby: z 02.08.2017 r. sygn. akt: KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt: KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt: KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt: KIO 805/19). Skład orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, związanego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba

uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie „Trafnie wskazano zatem przez Izbę w zaskarżonym orzeczeniu, iż podnoszenie na późniejszym etapie okoliczności, które nie zostały wprost wskazane w treści odwołania stanowi postępowanie niedopuszczalne, sprzeczne z art. 192 ust. 7 dPzp. Przepis ten wyraźnie wskazuje zakres co do którego orzeka Izba. Za niedopuszczalne uznać należy również wskazywanie na późniejszym etapie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej, z pominięciem konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu. Tym samym, pismo odwołującego z 18 stycznia 2021 r. było niedopuszczalne jako stanowiące „uzupełnienie odwołania”. Pismo to zawierało bowiem nowe okoliczności faktyczne, które z uwagi na niepodniesienie ich w odwołaniu, nie mogły zostać rozpoznane przez Izbę. Twierdzenia skarżącego, że „zaprezentowane w piśmie z dnia 18 stycznia 2021 r. twierdzenia stanowią tylko rozwinięcie stanowiska prawnego” nie zasługiwały na uwzględnienie.” (por. wyrok z dnia 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21). Zezwolenie na uzupełnienie podstawowej treści odwołania poprzez przedstawienie dodatkowego stanowiska procesowego narusza art. 555 p.z.p., nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać je z ogólnie zakreślonymi okolicznościami wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji, w której norma ta stałaby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw zarzutów, celem obejścia tej regulacji i zawitego terminu na wniesienie środka zaskarżenia, który powinien zawierać wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p.).

Art. 568 pkt 2

202. Postanowienie z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt KIO 2409/21

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że zachodzi przesłanka do umorzenia postępowania na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp, gdyż dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne z innej przyczyny, tj. z przyczyny takiej, iż na chwilę posiedzenia przed Izbą upadł substrat zaskarżenia. Skarżone bowiem były m.in. czynności zamawiającego związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, która to czynność została unieważniona oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego, która to czynność również została unieważniona

przez zamawiającego. Natomiast okoliczności, na które wskazywał odwołujący dotyczące możliwych do zastosowania przez zamawiającego czynności, stanowią wyłączne prawo dla zamawiającego, w jakim trybie i na podstawie jakich przepisów dokona on ponownego badania i oceny złożonych ofert. W wyniku przeprowadzenia nowych czynności zamawiającego, odwołującemu będzie zatem przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od ewentualnie stwierdzonych przez wykonawcę wadliwych czynności lub zaniechań zamawiającego. Na chwilę wydania przedmiotowego postanowienia, w obecnym kształcie postępowanie odwoławcze utraciło sens wobec unieważnienia czynności zamawiającego, które były przedmiotem zaskarżenia.

203. Postanowienie z dnia 14 września 2021 r., sygn. akt KIO 2354/21

Wobec ustalenia, że Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2021 roku unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. małopolskiego wraz z dostawą sprzętu, a informacja o unieważnieniu ww. postępowania została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2021 roku – co do której to czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie został zastosowany środek ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania w ustawowo określonym terminie, co zostało wykazane przez Zamawiającego w oświadczeniu z dnia 10 września 2021 roku Izba stwierdziła, że zaszła podstawa umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy. (...)

W związku ze skutecznym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. małopolskiego wraz z dostawą sprzętu, prowadzenie postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem z dnia 5 sierpnia 2021 roku stało się zbędne, a przyczyną tą jest skuteczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wymaga również podkreślenia, że w rozpoznawanej sprawie strony zgodnie złożyły wnioski o umorzenie postępowania odwoławczego.

204. Wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2358/21

Zdaniem Izby dalsze postępowanie nie jest zbędne. Rzeczywiście odwołanie dotyczyło zaniechania czynności udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ. Faktem jest też, że przed wyrokowaniem w sprawie upłynął termin składania ofert, a 6 wykonawców, w tym odwołujący złożyło oferty. Powyższe nie oznaczało jednak, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne z tego powodu. Jak słusznie wskazał odwołujący, nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że gdyby odpowiedzi zostały udzielone, to odwołujący lub inny wykonawca mogliby złożyć oferty o innej treści niż złożone, co mogłoby mieć wpływ na krąg wykonawców oraz wynik postępowania. Ponadto odwołujący w treści odwołania domagał się nakazania zamawiającemu nie tylko udzielenia odpowiedzi na pytania, ale również ewentualnie unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną na obecnym

etapie wadą, jaką byłoby nieudzielenie przez zamawiającego odpowiedzi przed upływem terminu składania ofert pomimo ustawowego obowiązku. Powyższe oznaczało, że postępowanie odwoławcze nie jest zbędne. Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.

205. Postanowienie z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2634/21

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do punktów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego i nowego kształtu SWZ nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

206. Wyrok z dnia 13 października 2021 r., sygn. akt KIO 2733/21, KIO 2736/21

Zgodnie z treścią art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Przedmiotowa przesłanka stanowi swoiste *novum* na gruncie Pzp i została wprowadzona nowelizacją, która weszła w życie od 1 stycznia 2021 r., przez co nie doczekała się ona zbyt rozbudowanego orzecznictwa. Jednakże mając na uwadze

założenie o spójności i zupełności przepisów Pzp w zakresie umorzenia postępowania odwoławczego, w ocenie składu orzekającego, przesłankę zawartą w ww. przepisie należy traktować jako sytuację wyjątkową, która powinna być stosowana w szczególnych przypadkach i taki przypadek nie zaistniał w przedmiotowej sprawie. Ponadto przyczyna powodująca zbędność postępowania odwoławczego powinna być bezdyskusyjna i niewątpliwa. Co prawda stanowiska stron co do umorzenia postępowania z uwagi na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne były zgodne, niemniej jednak skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, że nie można było poprzestać wyłącznie na tym stwierdzeniu, ponieważ należało wziąć pod uwagę całość okoliczności składających się na przedmiotową kwestię. Założenie to wynika z treści przepisu art. 568 pkt 2 Pzp, która nie odwołuje się do zgodnego stanowiska stron w zakresie zbędności postępowania, ale narzuca na Izbę obowiązek wszechstronnego rozważenia stanu faktycznego sprawy, tak aby mogła ona stwierdzić, że rzeczywiście dalsze postępowanie stało się zbędne.

W tym kontekście Izba w pierwszej kolejności zauważyła, że odwołujący mimo tego, że zgodził się z zamawiającym co do umorzenia postępowania ze względu na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne, to jednocześnie podkreślił, że zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ w sposób niezgodny z żądaniami wynikającymi z odwołań. Okoliczność ta wywołała u składu orzekającego uzasadnione wątpliwości co do tego, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne i pozwoliła przypuszczać, że spór co do kwestionowanych w odwołaniach postanowień SWZ w dalszym ciągu istnieje pomiędzy stronami. Z tych względów nie było podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Ponadto należy dodać, że wskazane powyżej wątpliwości znalazły potwierdzenie niezwłocznie po oddaleniu przez Izbę wniosku o umorzenie postępowania ze względu na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne, ponieważ strony kontynuowały spór i dążyły do jego merytorycznego rozpoznania, co ostatecznie potwierdziło słuszność podjętej decyzji.

207. Postanowienie z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2851/21

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z anulowaniem wyniku postępowania z 17.09.2021 r. może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 NPzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Izba w tym stanie rzeczy dokonała ustaleń co do ewentualnego zaskarżenia czynności Zamawiającego anulowania wyniku z 17.09.2021 r. i nie stwierdziła zaskarżenia tej czynności Zamawiającego, ani ze strony Odwołującego, ani ze strony pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty i zostali skwalifikowani w ramach rankingu złożonych ofert. (...)

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania anulował wynik postępowania przekazany Wykonawcom pismem nr SZP-271/6-6/2021 z dnia 17.09.2021 r., do którego

odnoszą się zarzuty odwołania. Powyższe oznacza, że w dniu wydania postanowienia nie istniał substrat odwołania, tj. czynność z dnia 17.09.2021 r. będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowej czynności z dnia 29.09.2021 r. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

208. Wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2672/21, KIO 2816/21

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W niniejszej sprawie zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej - wobec stwierdzonego zaniechania zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, a następnie, po zrealizowaniu ww. obowiązku, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powtórzył. Spowodowało to dwukrotne podniesienie przez odwołującego tych samych zarzutów wobec dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji Izba uznała, że wobec powtórzenia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bez przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, rozpoznaniu podlegają zarzuty podniesione wobec aktualnie obowiązującej w ramach postępowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (z dnia 14 września 2021 r.), natomiast rozpoznanie zarzutów wobec wcześniejszej, unieważnionej przez zamawiającego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – stało się zbędne.

209. Postanowienie z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3254/21

Izba nie znalazła natomiast podstaw do umorzenia postępowania z uwagi na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne. (...) Ponadto, przyczyna powodująca zbędność postępowania odwoławczego powinna być bezdyskusyjna i niewątpliwa. Stanowisko co do umorzenia postępowania z uwagi na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne było prezentowane jedynie przez Odwołującego. Zamawiający zaś nie zajął żadnego stanowiska w sprawie, gdyż mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Zamawiający miał możliwość stawienia się na posiedzeniu, niemniej nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, ponieważ nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 15 listopada 2021 r. Należy także zauważyć, że Odwołujący w piśmie procesowym przyznaje wprost, że Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, które są w znacznej mierze spójne z wnioskami odwołania. Skoro w znacznej mierze, to nie sposób twierdzić, że są w pełni zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Wymaga również dodać, że Odwołujący złożył w dniu 14 listopada 2021 r. oświadczenie o wycofaniu odwołania. W ocenie Izby należy dokonać umorzenia postępowania mając na uwadze przede wszystkim

czynność Odwołującego polegającą na cofnięciu odwołania, gdyż to Odwołujący jest dysponentem postępowania odwoławczego, a skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

210. Wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3225/21

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego oraz Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, wskazując, iż w okolicznościach sprawy nie upłynął jeszcze termin na złożenie środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, spór pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym nie utracił swojego bytu, bowiem w przypadku wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą Izba uznałaby za czynność dokonaną z naruszeniem prawa, toczący się między stronami spór, nadal pozostanie aktualny. Nie zaistniały zatem przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego określone w art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którymi Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

211. Postanowienie z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3297/21

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba w toku postępowania odwoławczego zobowiązana jest - po dokonaniu bezspornych ustaleń - uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. W niniejszej sprawie Zamawiający w dniu 9 listopada 2021 r. pierwszą decyzją dokonał anulowania nie tylko wyniku postępowania z dnia 3 listopada 2021r., czynności będącej podstawą wniesienia odwołania, a zatem – według oświadczenia Odwołującego - uwzględnił odwołanie, aczkolwiek nie wskazał w powiadomieniu do wykonawców podstawy prawnej (art. 522 Pzp) stanowiska i takiej informacji odrębnie nie przekazał do Prezesa KIO. Jednocześnie unieważnił przedmiotowe postępowania – zatem anulował czynność ogłoszenia zamówienia – o czym poinformował wykonawców i dwukrotnie informował Prezesa KIO pismem z dnia 14.11.2021 r. i z dnia 23.11.2021 r. wskazując na czynność unieważnienia postępowania. W oświadczeniu o cofnięciu odwołania Konsorcjum X powołuje się na uwzględnienie zarzutów z odwołania, których to okoliczności dotyczyła pierwsza czynność Zamawiającego. Niewątpliwie w stanie faktycznym brak jest substratu zaskarżenia i zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy uzasadnione było wydanie postanowienia opartego na przesłance wskazanej w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

212. Postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. W związku z poczynionymi ustaleniami faktycznymi, Izba uznała, że podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. Izba uznała, że podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2) ustawy Pzp zachodzi w sytuacji gdy zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni zaskarżoną w zarzutach odwołania czynność. Unieważnienie zaskarżonej czynności powoduje, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego. Podkreślić należy, że aby możliwe było rozpoznanie odwołania przez Izbę – musi ono dotyczyć istniejącej czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Innymi słowy, na moment orzekania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W ocenie składu orzekającego prowadzenie w takiej sytuacji postępowania odwoławczego uznać należy za zbędne.

Art. 578 ust. 2

213. Postanowienie z dnia 26 maja 2021 r., sygn. akt KIO/W 51/21

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. (...)

Dalej zauważyć należy, że część argumentacji Zamawiającego zmierza do wykazania negatywnych skutków, jakie wiązałyby się z nieudzieleniem zamówienia. Z punktu widzenia oceny zasadności wniosku istotne jest natomiast to, jakie skutki zaistnieją przez sam fakt wstrzymania się z udzieleniem zamówienia do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Izbę. Skoro wniesienie odwołania oznacza czasową niemożność

udzielenia zamówienia, to Zamawiający powinien wykazać, dlaczego okresowe wstrzymanie się z udzieleniem zamówienia może wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego. Odnosząc się do przedstawionej we wniosku argumentacji zauważyć należy, przedstawiony przez Zamawiającego stan dotyczący warunków, w jakich udzielane są we Włocławku świadczenia medyczne, zapewne nie zaistniał nagle, ale trwa od dłuższego czasu. Nie zostało wykazane, że właśnie okres wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia może być tym okresem, który zaważy na bezpieczeństwie zdrowotnym mieszkańców Włocławka i okolic. Zamawiający nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że jeśli nie udzieli zamówienia natychmiast, to inwestycja nie będzie mogła być zrealizowana. (...) nie można ww. przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy utożsamiać z opinią Zamawiającego o niezasadności wniesionego odwołania. Przesłanka ta dotyczy bowiem sytuacji, w której z uwagi na konkretne okoliczności towarzyszące danemu postępowaniu, widoczne jest, że celem wniesienia odwołania nie jest ochrona praw wykonawcy, a jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy. Jeżeli natomiast odwołanie zmierza do zapewnienia wykonawcy rzeczywistej ochrony prawnej, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, nie może być utożsamiane z działaniem w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Niezasadność podniesionych zarzutów może być stwierdzona przez Izbę w wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy, zaś subiektywne przekonanie Zamawiającego o takiej niezasadności nie może prowadzić do pozbawienia czy ograniczenia wykonawcy prawa do ochrony jego interesów. W związku z tym rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie ocenia zasadności zarzutów odwołania, lecz bada, czy Zamawiający uprawdopodobnił, że w postępowaniu, w którym złożono wniosek, zachodzą szczególnie okoliczności pozwalające stwierdzić, że wnosząc odwołanie wykonawca nie zmierza do ochrony swoich praw, a jedynie do uniemożliwienia zawarcia umowy.

214. Postanowienie z dnia 21 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO/W 61/21

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że przedmiotowe zamówienie ma na celu zapewnienie seniorom oraz osobom niepełnosprawnym całodobowej opieki w ramach telecentrum. Zadanie to jest kluczowe szczególnie z tego powodu, że w dalszym ciągu mamy do czynienia ze stanem pandemii, w związku z czym dostęp do opieki medycznej z uwagi na restrykcje i ograniczenia z tym związane - wciąż jest ograniczony. Zamawiający wyczerpująco opisał jakie korzyści związane są z udzieleniem przedmiotowego zamówienia. (...)

Wszystkie te elementy składają się na ocenę skutków dla interesu publicznego, jakie może spowodować brak zawarcia umowy. (...) Ponadto, w ocenie Izby, Zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Jak bowiem wykazał, za pomocą dowodów załączonych do wniosku termin realizacji przedmiotowego zadania wynika z terminów narzuconych umową o dofinansowanie oraz projektem i okresem kwalifikowalności w ramach trwającego okresu programowania. Udowodnił także, że pomimo podejmowanych przez niego starań Instytucja Zarządzająca,

pismem z 15 czerwca 2021 r., odmówiła zwiększenia kwoty przeznaczonej na dofinansowanie projektów w konkursie. Tym samym Odwołujący, który zaproponował w swojej ofercie cenę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego, nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, nawet w przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty dotyczące oferty wybranej jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

215. Postanowienie z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO/W 64/21

W ocenie Izby zamawiający wykazał, że ziszczy się przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że postępowanie dotyczy zamówienia na modernizację pomieszczeń Oddziału Neurologii i Udarów Mózgu z Pododdziałem Udarów Mózgu, gdzie niewątpliwie ratuje się życie i sprawność ludzką, a brak wykonania zamówienia spowoduje takie negatywne konsekwencje jak: ograniczony dostęp do nowoczesnego sprzętu, który w ramach modernizacji będzie mógł być zainstalowany w pomieszczeniach szpitala, mniej wydajna praca personelu medycznego, który nie będzie mógł korzystać z ww. sprzętu, a w efekcie – mniejszy dostęp pacjentów do świadczeń medycznych, które w przypadku pacjentów neurologicznych, częstokroć są niezbędne do ratowania życia i funkcjonowania w życiu codziennym. Już tylko na marginesie, należy dodać, że negatywną konsekwencją niewykonania zamówienia byłby też zdecydowanie mniejszy komfort przebywania pacjentów na oddziale. Tym samym interes publiczny w niniejszym postępowaniu dotyczy bezpośrednio ochrony zdrowia publicznego, co oznacza, że negatywne skutki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przełożą się na zdrowie pacjentów. (...)

Natomiast niewykonanie zamówienia w terminie do 30.11.2021 r. spowoduje utratę dofinansowania. Od tego dofinansowania zależy natomiast, czy zamówienie w ogóle będzie mogło być realizowane. Co do zasady, możliwość utraty dofinansowania nie jest uznawana za samodzielną przesłankę wystarczającą do uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Jednakże w przedmiotowej sprawie, utrata tego dofinansowania całkowicie pozbawi zamawiającego możliwości wykonania zamówienia, które jest niezbędne do ratowania życia ludzkiego i sprawności pacjentów neurologicznych, a jednocześnie ewentualnie korzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie Izby nie będzie skutkowało uzyskaniem przez odwołującego zamówienia.

216. Postanowienie z dnia 30 lipca 2021 r., sygn. akt KIO/W 73/21

Niezależnie od powyższego należało wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Dotychczasowy tomograf uległ awarii w 2020 r., a tymczasem zamawiający wszczął postępowanie dopiero w kwietniu 2021 r. także opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało

przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

217. Postanowienie z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO/W 79/21

Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz. U. L 395 z 30.12.1989, s. 33), zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych do wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące stąd korzyści.

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1, który wspomina o Rzeczypospolitej jako wspólnym dobru wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w ponad pięciuset aktach prawnych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W ocenie Trybunału właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując, można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym), zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości: bezpieczeństwa prawnego, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia publicznego, ochrony moralności publicznej, wolności i praw innych osób.

W konsekwencji, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędne jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w odniesieniu do jednej ze wskazanych powyżej wartości.

218. Postanowienie z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO/W 80/21

Ponadto w treści uzasadnienia Zamawiający wyjaśnił, że został zobowiązany do przeprowadzenia negocjacji. Z treści przedstawionego przez Zamawiającego dowodu w postaci wyroku Izby z 6 sierpnia 2021 roku o sygnaturze akt KIO 1568/21 wynika, że Zamawiający został zobowiązany m.in. do unieważnienia czynności wskazanych w piśmie z 18 maja 2021 roku polegających na wskazaniu wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, odrzuceniu ofert wskazanych w pkt 2 tego pisma, zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców, których oferty nie polegają odrzuceniu do negocjacji, co oznacza, że Zamawiający ponownie jest zobowiązany do ustalenia rankingu w postępowaniu.

W treści wskazanego wyroku Izba zobowiązała Zamawiającego do kontynuowania postępowania na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc do przeprowadzenia przewidzianych w SWZ negocjacji. Powyższe okoliczności wskazują, że nawet na tę chwilę Zamawiający nie określił, którzy Wykonawcy ostatecznie zostaną zakwalifikowani do negocjacji. Zamawiający nie dokonał także wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca nie ma ostatecznej informacji co do pozycji jego oferty w postępowaniu. W takiej sytuacji, biorąc pod uwagę zarówno szczególną sytuację Wykonawcy (o której powyżej), jak również fakt, że postępowanie jest w toku, co oznacza, że sytuacja Wykonawców w postępowaniu podlegać może zmianom, nie można uznać, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy przez Zamawiającego.

219. Postanowienie z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO/W 83/21

Izba zważyła, że zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Przepis został wprowadzony do Pzp w związku z sytuacjami, w których zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu wnoszenia odwołań przez wykonawcę, który – sam nie mając szansy na uzyskanie zamówienia – blokował tę możliwość konkurentom. Odwołania takie były bezzasadne *prima facie* albo podlegały odrzuceniu. Sytuacja taka zaszła w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Zamawiający słusznie argumentował, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot, który został ostatecznie wykluczony z postępowania w dniu 2 czerwca 2021 r. i przez to stracił status wykonawcy w postępowaniu. Ponadto zamawiający prawidłowo zwrócił uwagę i przytoczył stanowisko Izby zawarte w postanowieniu z dnia 2 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 1759/21.

Dodatkowo słuszność argumentacji zamawiającego potwierdzał fakt, że odwołujący na moment rozpoznania przedmiotowego wniosku nie uzupełnił braków formalnych odwołania w postaci uzupełnienia wpisu od odwołania. Przedmiotowa okoliczność utwierdziła skład orzekający w przekonaniu, że odwołujący wniósł odwołanie wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

220. Postanowienie z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO/W 106/21

Odnosząc się do przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że zamawiający składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy winien szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. Tymczasem w niniejszej sprawie, zamawiający, w uzasadnieniu wniosku, nie podał żadnych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. W uzasadnieniu, które jest bardzo ogólne i lakoniczne, skoncentrował się tylko na twierdzeniu o utracie dofinansowania w przypadku niezawarcia umowy do końca roku. W ocenie Izby, wniosek zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w przedmiocie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Należy podkreślić, że sam fakt, że zamawiający działa w interesie publicznym, nie jest równoznaczny z tym, że każde opóźnienie w udzieleniu dowolnego zamówienia spowoduje uszczerbek w interesie publicznym. Zaistnienie negatywnych skutków dla interesu publicznego powinno być przekonująco uzasadnione przez zamawiającego w indywidualnych uwarunkowaniach dotyczących konkretnego postępowania.

Równocześnie Izba zwraca uwagę, że z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek przeprowadzenia przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez zamawiającego oczekiwanym. Dodatkowo, co istotne, zamawiający wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy złożył dopiero trzy dni po wniesieniu odwołania do Prezesa Izby przez wykonawcę.

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnioskując o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, zadaniem zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji zamawiającego, pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. W ocenie Izby zamawiający powyżej okoliczności nie uprawdopodobnił. Izba wskazuje, że już samo poprzestanie na przedstawieniu tak lakonicznego uzasadnienia powoduje bezzasadność wniosku. Ponadto, argumentacja

zamawiającego dotycząca braku interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego nie może stanowić podstawy dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Pzp precyzuje, w jakich okolicznościach Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, a taka możliwość stanowi wyjątek od wynikającej z art. 577 ustawy Pzp zasady. Oznacza to, że ww. przepis nie może być interpretowany rozszerzająco. Zresztą Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, ani nie bada kwestii związanej z intereselem we wniesieniu odwołania.

Równocześnie należy podkreślić, że art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp referuje wprost do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”. Oznacza to, że zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy jest jedynym celem wykonawcy i w kontekście niniejszej sprawy oznacza, iż wykonawca nie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby było ono udzielane w trybie konkurencyjnym. Odwołanie wniesione przez wykonawcę jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W przedmiotowym przypadku trudno uznać, aby odwołujący wnosząc odwołanie działał w takim właśnie celu.

221. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO/W 110/21

Następnie zauważenia wymaga, że fakt kilkukrotnego skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej nie może sam w sobie świadczyć o działaniu wyłącznie z zamiarem uniemożliwienia zawarcia umowy. Wnoszenie odwołań oraz skarg na orzeczenia Izby jest uprawnieniem wykonawcy, a Zamawiający w żadnej mierze nie uprawdopodobnił, że Odwołujący korzystał z tych środków nie dla ochrony swoich interesów, a jedynie dla blokowania przebiegu postępowania.

Dalej wskazać należy, że przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, określonej w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp nie można utożsamiać z opinią Zamawiającego o niezasadności wniesionego odwołania. Przesłanka ta dotyczy bowiem sytuacji, w której z uwagi na konkretne okoliczności towarzyszące danemu postępowaniu, widoczne jest, że celem wniesienia odwołania nie jest ochrona praw wykonawcy, a jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy. Jeżeli natomiast odwołanie zmierza do zapewnienia wykonawcy rzeczywistej ochrony prawnej, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, nie może być utożsamiane z działaniem w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Niezasadność podniesionych zarzutów może być stwierdzona przez Izbę w wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy, zaś subiektywne przekonanie Zamawiającego o takiej niezasadności nie może prowadzić do pozbawienia czy ograniczenia wykonawcy prawa do ochrony jego interesów. W związku z tym rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie ocenia zasadności zarzutów odwołania, lecz bada, czy Zamawiający uprawdopodobnił, że

w postępowaniu, w którym złożono wniosek, zachodzą szczególne okoliczności pozwalające stwierdzić, że wnosząc odwołanie wykonawca nie zmierza do ochrony swoich praw, a jedynie do uniemożliwienia zawarcia umowy.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aktualność dokumentów - 59 (KIO 3477/2), 60 (KIO 3753/21), 92 (KIO 3221/21)

B

Błąd w obliczeniu ceny – 119 (KIO 3348/21)

C

Certyfikat – 35 (KIO 1973/21)

Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym – 2 (KIO 2349/21), 115 (KIO 2553/21),
194 (KIO 2249/21), 195 (KIO 2820/21), 196 (KIO 3025/21)

Cofnięcie odwołania – 173 (KIO 2708/21)

Czyn nieuczciwej konkurencji – 108 (KIO 2735/21, KIO 2747/21), 109 (KIO 3205/21),
110 (KIO 3235/21), 111 (KIO 3300/21), 112 (KIO 3376/21)

Czynność wykonana zgodnie z wyrokiem/żądaniem – 176 (KIO 2964/21), 188 (KIO
2937/21), 192 (KIO 2708/21)

D

Dialog konkurencyjny - 67 (KIO 2811/21)

Dokument elektroniczny - 20 (KIO 3282/21)

Dowód z zeznań świadka – 61 (KIO 913/21)

F

Forma elektroniczna – 20 (KIO 3282/21), 67 (KIO 2811/21), 98 (KIO 3794/21)

I

In - house – 74 (KIO 3621/21)

Interes w uzyskaniu zamówienia – 158 (KIO 913/21), 159 (KIO 2528/21), 160 (KIO
2565/21), 161 (KIO 2297/21), 162 (KIO 2638/21), 163 (KIO 2454/21), 164 (KIO
3053/21), 165 (KIO 2827/21), 166 (KIO 3123/21), 167 (KIO 3220/21, KIO
3230/21, KIO 3250/21)

J

JEDZ – 20 (KIO 3282/21)

K

Klauzule abuzywne - 147 (KIO 3277/21), 148 (KIO 3260/21), 149 (KIO 3335/21), 150 (KIO 3233/21)

Konkurs – 142 (KIO 3624/21)

Kontradyktoryjność postępowania odwoławczego - 194 (KIO 2249/21), 196 (KIO 3025/21)

Kopia odwołania - 193 (KIO 2863/21)

Kryteria oceny ofert – 123 (KIO 1607/21), 124 (KIO 3579/21, KIO 3587/21, KIO 3589/21), 125 (KIO 1669/21), 126 (KIO 2227/21), 127 (KIO 3667/21), 128 (KIO 1045/21)

N

Nieprzyznanie środków na sfinansowanie zamówienia – 139 (KIO 3428/21)

Niewykonanie lub nienależyte wykonania zobowiązania - 40 (KIO 3672/21), 41 (KIO 3025/21), 42 (KIO 3078/21), 43 (KIO 3298/21, KIO 3307/21)

Niemożliwa do usunięcia wada postępowania - 135 (KIO 1760/21), 136 (KIO 2297/21), 137 (KIO 3204/21), 138 (KIO 3728/21)

Niezgodność oferty z przepisami ustawy – 97 (KIO 3348/21), 98 (KIO 3794/21)

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia – 99 (KIO 1028/21), 100 (KIO 1723/21), 101 (KIO 2520/21), 102 (KIO 3020/21), 103 (KIO 3211/21), 104 (KIO 3276/21), 105 (KIO 3348/21), 106 (KIO 3333/21), 107 (KIO 3337/21)

O

Odwołanie:

- warunki formalne - 169 (KIO 2817/21), 170 (KIO 1987/21), 171 (KIO 3025/21), 172 (KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21)
- odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia – 24 (KIO 989/21), 165 (KIO 2827/21), 170 (KIO 1987/21), 199 (KIO 935/21)
- odrzucenie odwołania - 176 (KIO 2964/21), 177 (KIO 2421/21), 178 (KIO 2631/21), 179 (KIO 2476/21), 180 (KIO 2886/21), 181 (KIO 3138/21), 182 (KIO 3542/21, KIO 3552/21), 183 (KIO 3679/21), 184 (KIO 2297/21), 185 (KIO 2596/21), 186 (KIO 2402/21), 187 (KIO 2894/21, KIO 2895/21), 189 (KIO

3198/21), 190 (KIO 3265/21), 191 (KIO 3779/21), 192 (KIO 2708/21), 193 (KIO 2863/21)

Oferta:

- forma oferty – 20 (KIO 3282/21)
- nieważność oferty - 98 (KIO 3794/21)
- odrzucenie oferty – 91 (KIO 1299/21), 92 (KIO 3221/21), 93 (KIO 3423/21), 94 (KIO 2934/21), 95 (3320/21), 96 (KIO 3299/21), 97 (KIO 3348/21), 98 (KIO 3794/21), 99 (KIO 1028/21), 100 (KIO 1723/21), 101 (KIO 2520/21), 102 (KIO 3020/21), 103 (KIO 3211/21), 104 (KIO 3276/21), 105 (KIO 3348/21), 106 (KIO 3333/21), 107 (KIO 3337/21), 108 (KIO 2735/21, KIO 2747/21), 109 (KIO 3205/21), 110 (KIO 3235/21), 111 (KIO 3300/21), 112 (KIO 3376/21), 113 (KIO 2249/21), 114 (KIO 2541/21), 115 (KIO 2553/21), 116 (KIO 3207/21), 117 (KIO 3248/21), 118 (KIO 3357/21), 119 (KIO 3348/21), 120 (KIO 1234/21), 121 (KIO 3362/21), 122 (KIO 3482/21), 129 (KIO 1629/21, KIO 1638/21)
- oferta równoważna – 33 (KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21), 34 (KIO 2380/21)
- treść oferty – 36 (KIO 3522/21), 75 (KIO 1180/21), 97 (KIO 3348/21), 101 (KIO 2520/21)

Ogłoszenie – 21 (KIO 2961)

Omyłka:

- inna omyłka niepowodująca istotnych zmian treści oferty – 80 (KIO 2719/21), 81 (KIO 3524/21), 82 (KIO 3772/21)
- pisarska – 76 (KIO 2719/21), 77 (KIO 3425/21)
- rachunkowa – 78 (KIO 1318/21), 79 (KIO 1662/21)

Opis przedmiotu zamówienia - 24 (KIO 989/21), 25 (KIO 1724/21), 26 (KIO 2380/21), 27 (KIO 2768/21), 28 (KIO 3183/21), 29 (KIO 3233/21), 30 (KIO 3330/21), 31 (KIO 1172/21), 32 (KIO 1951/21), 33 (KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21), 34 (KIO 2380/21), 153 (KIO 2450/21)

Osobiste wykonanie kluczowych zadań – 154 (KIO 2353/21), 155 (KIO 2780/21)

Otwarcie rozprawy na nowo – 197 (KIO 3759/21)

P

Pełnomocnictwo - 168 (KIO 2935/21, KIO 2946/21), 181 (KIO 3138/21)

Podatek VAT – 90 (KIO 2299/21)

Podpis elektroniczny – 20 (KIO 3282/21), 67 (KIO 2811/21), 98 (KIO 3794/21)

Podwykonawstwo – 154 (KIO 2353/21), 155 (KIO 2780/21), 156 (KIO 1381/21, KIO 1388/21), 157 (KIO 3285/21, KIO 3317/21)

Podział zamówienia na części – 22 (KIO 959/21, KIO 1205/21), 23 (KIO 3512/21)

Podmiot nieuprawniony - 178 (KIO 2631/21), 179 (KIO 2476/21), 180 (KIO 2886/21),
181 (KIO 3138/21), 182 (KIO 3542/21, KIO 3552/21), 183 (KIO 3679/21)

Podmiotowe środki dowodowe – 59 (KIO 3477/21), 60 (KIO 3753/21), 61 (KIO
913/21), 64 (KIO 3300/21), 91 (KIO 1299/21), 92 (KIO 3221/21), 93 (KIO
3423/21), 95 (3320/21)

Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji - 37 (KIO 2378/21), 38 (KIO
3745/21)

Podział zadań między członków konsorcjum – 57 (KIO 2597/21)

Poważne naruszenie obowiązków zawodowych – 40 (KIO 3672/21)

Prawo opcji – 153 (KIO 2450/21)

Projektowane postanowienia umowy – 3 i 145 (KIO 935/21), 6 (KIO 3098/21), 146
(KIO 2355/21), 147 (KIO 3277/21), 148 (KIO 3260/21), 149 (KIO 3335/21), 150
(KIO 3233/21), 151 (KIO 2365/21, KIO 2368/21, KIO 2369/21), 152 (KIO
2939/21)

Przedmiotowe środki dowodowe – 1 (KIO 1698/21), 35 (KIO 1973/21), 36 (KIO
3522/21), 96 (KIO 3299/21), 100 (KIO 1723/21), 103 (KIO 3211/21), 107 (KIO
3337/21)

Przystąpienie – 174 (KIO 903/21), 175 (KIO 1083/21)

R

Rażąco niska cena - 113 (KIO 2249/21), 114 (KIO 2541/21), 115 (KIO 2553/21), 116
(KIO 3207/21), 117 (KIO 3248/21), 118 (KIO 3357/21)

Referencje – 93 (KIO 3423/21)

Roboty budowlane – 2 (KIO 2349/21)

S

Samoczyszczenie – 48 (KIO 1935/21), 49 (KIO 2916/21),

Ś

Środki komunikacji elektronicznej – 19 (KIO 2350/21)

T

Tajemnica przedsiębiorstwa - 8 (KIO 3210/21), 9 (KIO 968/21), 10 (KIO 2466/21), 11
(KIO 2427/21), 12 (KIO 2548/21, KIO 2570/21), 13 (KIO 2758/21), 14 (KIO

3135/21), 15 (KIO 3178/21), 16 (KIO 3210/21), 17 (KIO 3361/21), 18 (KIO 3334/21)

Termin na wniesienie odwołania - 184 (KIO 2297/21), 185 (KIO 2596/21), 186 (KIO 2402/21), 187 (KIO 2894/21, KIO 2895/21), 188 (KIO 2937/21), 189 (KIO 3198/21), 190 (KIO 3265/21), 191 (KIO 3779/21)

Tłumaczenie dokumentu - 35 (KIO 1973/21), 100 (KIO 1723/21)

Tryb podstawowy – 141 (KIO 1568/21)

U

Umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – 202 (KIO 2409/21), 203 (KIO 2354/21), 204 (KIO 2358/21), 205 (KIO 2634/21), 206 (KIO 2733/21, KIO 2736/21), 207 (KIO 2851/21), 208 (KIO 2816/21), 209 (KIO 3254/21), 210 (KIO 3225/21), 211 (KIO 3297/21), 212 (KIO 3456/21)

Umowa ramowa – 143 (KIO 3048/21)

Unieważnienie postępowania – 66 (KIO 2864/21, KIO 2872/21), 132 (KIO 2799/21), 133 (KIO 1766/21), 134 (KIO 3386/21), 135 (KIO 1760/21), 136 (KIO 2297/21), 137 (KIO 3204/21), 138 (KIO 3728/21), 139 (KIO 3428/21)

Uzasadnienie czynności Zamawiającego – 129 (KIO 1629/21, KIO 1638/21), 130 (KIO 1848/21), 131 (KIO 3355/21)

Uzupełnianie oświadczeń i dokumentów – 61 (KIO 913/21), 62 (KIO 939/21), 63 (KIO 1649/21)

W

Wadium – 120 (KIO 1234/21), 121 (KIO 3362/21), 122 (KIO 3482/21)

Waloryzacja – 151 (KIO 2365/21, KIO 2368/21, KIO 2369/21), 152 (KIO 2939/21)

Warunki udziału w postępowaniu – 4 (KIO 1606/21), 51 (KIO 1163/21), 52 (KIO 2602/21), 53 (KIO 2323/21, KIO 2332/21), 54 (KIO 2716/21), 55 (KIO 3369/21), 56 (KIO 3235/21), 64 (KIO 3300/21), 91 (KIO 1299/21), 92 (KIO 3221/21),

Wartość szacunkowa zamówienia - 73 (KIO 1153/21)

Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania – 39 (KIO 3235/21)

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów – 91 (KIO 1299/21)

Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 83 (KIO 2430/21), 84 (KIO 3005/21), 85 (KIO 3043/21), 86 (KIO 3123/21), 87 (KIO 2686/21),

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 67 (KIO 2811/21)

Wpływ na wynik postępowania – 198 (KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21)

Wprowadzenie w błąd – 45 (KIO 2528/21), 46 (KIO 3315/21)

Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia - 57 (KIO 2597/21), 183 (KIO 3679/21)

Wykluczenie wykonawcy:

- podstawy obligatoryjne – 37 (KIO 2378/21), 38 (KIO 3745/21), 39 (KIO 3235/21)
- podstawy fakultatywne - 40 (KIO 3672/21), 41 (KIO 3025/21), 42 (KIO 3078/21), 43 (KIO 3298/21, KIO 3307/21), 44 (KIO 3315/21), 45 (KIO 2528/21), 46 (KIO 3315/21), 144 (KIO 2897/21)
- nieproporcjonalność wykluczenia – 47 (KIO 3078/21)
- okres wykluczenia – 50 (KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21)

Wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów – 65 (KIO 3474/21)

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 88 (KIO 1920/21), 89 (KIO 1946/21), 113 (KIO 2249/21), 116 (KIO 3207/21), 117 (KIO 3248/21)

Wyjaśnienia treści oferty – 75 (KIO 1180/21)

Z

Zakaz zawarcia umowy – 7 (KIO 3391/21), 213 (KIO/W 51/21), 214 (KIO/W 61/21), 215 (KIO/W 64/21), 216 (KIO/W 73/21), 217 (KIO/W 79/21), 218 (KIO/W 80/21), 219 (KIO/W 83/21), 220 (KIO/W 106/21), 221 (KIO/W 110/21)

Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia - 167 (KIO 3220/21, KIO 3230/21, KIO 3250/21)

Zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 144 (KIO 2897/21)

Zamówienie sektorowe - 177 (KIO 2421/21)

Zamówienie z wolnej ręki – 68 (KIO 2943/21), 69 (KIO 3296/21), 70 (KIO 3796/21), 71 (KIO 2454/21), 72 (KIO 2685/21, KIO 2689/21), 73 (KIO 1153/21), 74 (KIO 3621/21), 163 (KIO 2454/21)

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 8 (KIO 3210/21), 9 (KIO 968/21), 11 (KIO 2427/21), 13 (KIO 2758/21), 14 (KIO 3135/21), 16 (KIO 3210/21)
- równego traktowania wykonawców – 6 (KIO 3098/21), 22 (KIO 959/21, KIO 1205/21)
- uczciwej konkurencji – 22 (KIO 959/21, KIO 1205/21)
- proporcjonalności – 4 (KIO 1606/21), 51 (KIO 1163/21)
- przejrzystości – 5 (KIO 1995/21), 6 (KIO 3098/21), 131 (KIO 3355/21)

Zasoby podmiotu trzeciego – 58 (KIO 3515/21, KIO 3538/21), 61 (KIO 913/21), 62 (KIO 939/21)

Zawiadomienie o wszczęciu kolejnego postępowania – 140 (KIO 3796/21)

Związanie zarzutami odwołania – 200 (KIO 913/21), 201 (KIO 2449/21)

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W TEZOWANYCH ORZECZENIACH

1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65):
 - wyrok z dnia 24 maja 2021 r. sygn. akt KIO 959/21, KIO 1205/21
 - wyrok z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2528/21
 - wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21
 - wyrok z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, 2872/21
 - wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3512/21
 - wyrok z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3672/21
 - wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21, KIO 3587/21, KIO 3589/21
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej Dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz.UR.L Nr 94, str. 243):
 - wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3048/21
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UEL. Nr 216, str. 76):
 - wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2897/21
4. Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.Urz.UE.L Nr 395, str. 33):
 - postanowienie z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO/W 79/21
5. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.):
 - postanowienie z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO/W 79/21
 - wyrok z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3135/21

6. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy, i technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415):
 - wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3320/21
 - wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21
7. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73):
 - wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21
8. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1261 ze zm.):
 - wyrok z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3282/21
9. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2016 C 202):
 - wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21, KIO 3587/21, KIO 3589/21
10. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.):
 - wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 913/21
 - wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21
 - wyrok z dnia 4 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 1028/21
 - wyrok dnia 4 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1234/21
 - wyrok z dnia 15 września 2021 r., sygn. akt KIO 2349/21
 - wyrok z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3221/21
 - wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21
 - wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3285/21, KIO 3317/21
 - wyrok z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3361/21
 - wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3335/21
 - wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21
 - wyrok z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21
 - wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21

- wyrok z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3728/21
11. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.):
 - postanowienie z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2634/21
 - wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21
 12. Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.):
 - wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21
 13. Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700):
 - wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21
 14. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.):
 - wyrok z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2897/21
 15. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275):
 - wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt KIO 2378/21
 - wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21
 16. Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2021 r. poz. 741):
 - wyrok z dnia 24 maja 2021 r. sygn. akt KIO 959/21, KIO 1205/21
 17. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. 2022 poz. 931):
 - wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3376/21
 18. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 75 ze zm.):
 - wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21
 19. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913):
 - wyrok z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 968/21
 - wyrok z dnia 14 września 2021 r., sygn. akt KIO 2466/21
 - wyrok z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21
 - wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2758/21
 - wyrok z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3205/21

- wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21
- wyrok z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3334/21
- wyrok z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3376/21

20. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2021 r., poz. 2439 ze zm.):

- wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3320/21

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2022