

Krajowa Izba Odwoławcza

Orzecznictwo - zamówienia publiczne

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

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

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

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych

NR 5, 2023 rok (1)

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Joanna Gawdzik – Zawalska

Monika Kawa – Ogorzałek

Beata Konik

Anna Kuszel – Kowalczyk

Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Izabela Niedziałek – Bujak

Katarzyna Odrzywolska

Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Magdalena Rams

Bartosz Stankiewicz

Monika Szymanowska

Agnieszka Trojanowska

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 2023 r.

Spis treści

WPROWADZENIE	15
Art. 7 pkt 28	16
1. Wyrok z dnia 29 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1793/22	16
Art. 7 pkt 30	16
2. Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3/22	16
Art. 8	16
3. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3409/22	16
Art. 18 ust. 1 i 3	17
4. Wyrok z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1267/22	17
5. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3227/22	17
6. Uchwała z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO/KU 33/22	19
7. Wyrok z dnia 29 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3316/22	19
8. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO: 3358/22	20
Art. 63 ust. 1 i 2	20
9. Wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 371/22	20
10. Wyrok z dnia 1 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2166/22	20
11. Wyrok z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3297/22	20
Art. 64	21
12. Wyrok z dnia 29 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1001/22	21
13. Wyrok z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2370/22	21
Art. 74 ust. 1 i 2	22
14. Wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2948/22	22
Art. 91 ust. 1 i 2	23
15. Wyrok z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2578/22	23
16. Wyrok z dnia 7 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3128/22	24
17. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3439/22	25
Art. 94 ust. 1	26
18. Wyrok z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1249/22	26
Art. 95	26
19. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3041/22	26
Art. 97 ust. 5	27
20. Wyrok z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 201/22	27

21. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2098/22	27
22. Wyrok z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2369/22	27
Art. 98 ust. 6	28
23. Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 12/22	28
Art. 99 ust. 1	28
24. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2022/22	28
25. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3375/22	29
Art. 99 ust. 4	29
26. Wyrok z dnia 28 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 64/22, KIO 74/22	29
27. Wyrok z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 248/22	30
28. Wyrok z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 351/22	30
29. Wyrok z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1286/22	31
30. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2009/22	31
31. Wyrok z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2117/22	31
Art. 99 ust. 6	32
32. Wyrok z dnia 1 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2162/22	32
33. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3173/22	32
Art. 105 ust. 1	33
34. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2063/22	33
Art. 107 ust. 2	33
35. Wyrok z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 663/22	33
36. Wyrok z dnia 29 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 693/22	34
Art. 107 ust. 3	34
37. Wyrok z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3038/22	34
Art. 107 ust. 4	35
38. Wyrok z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3066/22	35
Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2	35
39. Wyrok z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1492/22, KIO 1496/22	35
Art. 108 ust. 1 pkt 5	36
40. Wyrok z dnia 16 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2264/22	36
41. Wyrok z dnia 24 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2977/22	36
42. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2960/22	38
Art. 108 ust. 1 pkt 6	39

43. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 560/22	39
44. Wyrok z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3147/22	40
Art. 109 ust. 1	40
45. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22	40
Art. 109 ust. 1 pkt 1	41
46. Wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1238/22	41
Art. 109 ust. 1 pkt 5	42
47. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2960/22	42
48. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3436/22, KIO 3445/22	43
Art. 109 ust. 1 pkt 7	43
49. Wyrok z dnia 10 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 473/22	43
50. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3448/22	43
51. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3436/22, KIO 3445/22	44
52. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3517/22	45
Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10	46
53. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 449/22	46
54. Wyrok z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 416/22	47
55. Wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1504/22	48
56. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1854/22	49
57. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2960/22	49
Art. 110 ust. 1	50
58. Wyrok z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 49/22	50
Art. 110 ust. 2	50
59. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 431/22	50
60. Wyrok z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2360/22	52
61. Wyrok z dnia 8 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2798/22, KIO 2809/22	53
62. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3440/22	54
Art. 111 pkt 5 i 6 Pzp	54
63. Wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3180/22	54
64. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3466/22, KIO 3477/22, KIO 3490/22	55
Art. 112 ust. 1 i 2	56
65. Wyrok z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1011/22	56
66. Wyrok z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1093/22	56

67. Wyrok z dnia 26 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1159/22	57
68. Wyrok z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1571/22	57
69. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2097/22	57
70. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2153/22	58
71. Wyrok z dnia 15 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2276/22	59
72. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3382/22	59
73. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3481/22	59
Art. 117 ust. 3 i 4	60
74. Wyrok z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2874/22	60
75. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3041/22	61
Art. 118	61
76. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3337/22	61
77. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3478/22	61
78. Wyrok z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3473/22	62
Art. 123	62
79. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 510/22	62
Art. 125 ust. 3	62
80. Wyrok z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1200/22	62
Art. 126 ust. 2	63
81. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1473/22	63
Art. 128 ust. 1	63
82. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 479/22	63
83. Wyrok z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1560/22	64
84. Wyrok z dnia 5 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1584/22	64
85. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2038/22	64
86. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/22	65
87. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3521/22	65
Art. 128 ust. 5	66
88. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1846/22	66
Art. 135	66
89. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3397/22	66
90. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3380/22	66
Art. 209 ust. 1 pkt 4	67

91. Uchwała z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO/KU 37/22	67
Art. 214 ust. 1 pkt 1	67
92. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2493/22	67
Art. 214 ust. 1 pkt 5	68
93. Wyrok z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2633/22	68
Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a	69
94. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22	69
Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b	70
95. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22	70
96. Wyrok z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3483/22	71
Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c	73
97. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22	73
Art. 222 ust. 4	74
98. Wyrok z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 755/22	74
Art. 223 ust. 1	74
99. Wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3306/22	74
Art. 223 ust. 2 pkt 1	75
100. Wyrok z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1357/22	75
Art. 223 ust. 2 pkt 2	76
101. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22	76
102. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3400/22	77
Art. 223 ust. 2 pkt 3	77
103. Wyrok z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 85/22	77
104. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2000/22	77
105. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2202/22	78
Art. 224 ust. 1	78
106. Wyrok z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 123/22	78
107. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 396/22	78
108. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2105/22	79
109. Wyrok z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2570/22	79
110. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3074/22	80

111. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3393/22	81
112. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3374/22	81
Art. 224 ust. 2 pkt 1	82
113. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2105/22	82
Art. 224 ust. 5 i 6	82
114. Wyrok z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1029/22	82
115. Wyrok z dnia 22 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2031/22	83
116. Wyrok z dnia 8 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3105/22	83
117. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3464/22	84
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b	84
118. Wyrok z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2052/22	84
119. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3267/22	85
120. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22	85
121. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3398/22	86
122. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3313/22	87
123. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3377/22	87
124. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3468/22, KIO 3498/22	88
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c	88
125. Wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 362/22	88
126. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1473/22	89
127. Wyrok z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2527/22	89
128. Wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3217/22	90
Art. 226 ust. 1 pkt 3	91
129. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 457/22	91
Art. 226 ust. 1 pkt 4	91
130. Wyrok z dnia 16 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 540/22	91
131. Wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1533/22	92
Art. 226 ust. 1 pkt 5	92
132. Wyrok z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 21/22	92
133. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2191/22	92
134. Wyrok z dnia 15 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2297/22	93
135. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2486/22	93
136. Wyrok z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2619/22	94

137. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3337/22	94
138. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3401/22	95
Art. 226 ust. 1 pkt 6	96
139. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1455/22	96
Art. 226 ust. 1 pkt 7	96
140. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3221/22	96
141. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3387/22	97
Art. 226 ust. 1 pkt 8	98
142. Wyrok z dnia 8 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 777/22	98
143. Wyrok z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 823/22	98
144. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2039/22	99
145. Wyrok z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3086/22	99
146. Wyrok z dnia 16 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3237/22	100
147. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3456/22	100
Art. 226 ust. 1 pkt 10	100
148. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2003/22	100
149. Wyrok z dnia 14 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2819/22	101
Art. 226 ust. 1 pkt 14	101
150. Wyrok z dnia 21 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2875/22	101
151. Wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2974/22	102
152. Wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3001/22	103
153. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3194/22	104
154. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3529/22	104
Art. 226 ust. 1 pkt 16	105
155. Wyrok z dnia 16 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1210/22	105
Art. 240	106
156. Wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 361/22	106
157. Wyrok z dnia 20 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2311/22	107
158. Uchwała z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO/KD 32/22	107
159. Wyrok z dnia 29 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3285/22	107
Art. 241 ust. 1 i 2 Pzp	108
160. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/22	108
Art. 242 ust. 2	109

161. Wyrok z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22	109
162. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1128/22	109
163. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2083/22	110
164. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2458/22	111
Art. 246 ust. 1	111
165. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3492/22	111
Art. 253 ust. 1	112
166. Wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 253/22	112
167. Wyrok z dnia 3 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 425/22	112
168. Wyrok z dnia 12 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1084/22	113
169. Wyrok z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1132/22	114
170. Wyrok z dnia 16 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2894/22	114
Art. 255 pkt 3	115
171. Wyrok z dnia 26 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2671/22	115
Art. 255 pkt 5	116
172. Wyrok z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2011/22	116
173. Wyrok z dnia 18 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2630/22	117
Art. 255 pkt 6	117
174. Wyrok z dnia 17 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 483/22	117
175. Wyrok z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2902/22	118
176. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3292/22	118
177. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3294/22	119
178. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3441/22	119
179. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3472/22	120
Art. 255 pkt 7	121
180. Wyrok z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 686/22	121
181. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3409/22	121
Art. 256	122
182. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3454/22	122
Art. 257	123
183. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 442/22	123
Art. 260 ust. 1	124
184. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3049/22	124

Art. 262	124
185. Wyrok z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2633/22	124
Art. 263	124
186. Wyrok z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2079/22	124
187. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3415/22	125
Art. 296 ust. 2	125
188. Wyrok z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2340/22	125
Art. 345 ust. 2	126
189. Wyrok z dnia 25 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1763/22	126
Art. 393 ust. 1 pkt 2	127
190. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2022/22	127
Art. 431	127
191. Wyrok z dnia 8 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2193/22	127
Art. 433 pkt 2	128
192. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2020/22	128
193. Wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3006/22	128
Art. 433 pkt 4	129
194. Wyrok z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 765/22	129
195. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3481/22	129
Art. 436 pkt 4 lit. b)	130
196. Wyrok z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2939/22	130
Art. 439 ust. 1 i 2	131
197. Wyrok z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22	131
198. Wyrok z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22	132
199. Wyrok z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1151/22	133
200. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1822/22	133
201. Wyrok z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22	134
202. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3251/22	134
203. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3385/22	135
Art. 462 ust. 2	135
204. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2062/22	135
Art. 505 ust. 1	136
205. Wyrok z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 365/22, KIO 405/22	136

206. Wyrok z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22	136
207. Wyrok z dnia 4 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 415/22	136
208. Wyrok z dnia 3 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1295/22	137
209. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2513/22	138
210. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3048/22, KIO 3050/22	139
211. Wyrok z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3147/22	140
212. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3370/22	141
Art. 506 ust. 2	142
213. Wyrok z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1184/22	142
Art. 508 ust. 1	142
214. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3212/22	142
Art. 508 ust. 2	143
215. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2038/22	143
Art. 513 pkt 1	143
216. Wyrok z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2521/22	143
Art. 516 ust. 1 pkt 10	144
217. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3381/22	144
218. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3387/22	145
Art. 518 ust. 2	145
219. Wyrok z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3096/22	145
Art. 519 ust. 1	146
220. Wyrok z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 413/22	146
Art. 522 ust. 1	146
221. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2003/22	146
222. Postanowienie z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2102/22	147
223. Postanowienie z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2102/22	147
Art. 522 ust. 3	148
224. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3249/22	148
Art. 525 ust. 1 - 3	148
225. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 542/22	148
226. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3212/22	148
Art. 528 pkt 1	149
227. Postanowienie z dnia 27 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1844/22	149

Art. 528 pkt 2	149
228. Postanowienie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 424/22	149
229. Wyrok z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2052/22	149
230. Postanowienie z dnia 6 września 2022 r., sygn. akt: KIO 1925/22	150
231. Postanowienie z dnia 16 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2301/22	151
232. Postanowienie z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3210/22	151
Art. 528 pkt 3	153
233. Wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 253/22	153
234. Wyrok z dnia 2 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2133/22	153
235. Postanowienie z dnia 6 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2515/22	153
236. Wyrok z dnia 14 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2851/22	154
237. Wyrok z dnia 8 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3121/22	155
238. Wyrok z dnia 16 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3186/22	156
239. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3294/22	156
240. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3332/22	156
Art. 528 pkt 4	157
241. Wyrok z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 638/22	157
Art. 528 pkt 5	158
242. Wyrok z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 373/22	158
243. Wyrok z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2940/22, 2947/22	158
Art. 537	159
244. Wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3225/22	159
Art. 554 ust. 1	159
245. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3436/22, KIO 3445/22	159
Art. 555	160
246. Wyrok z dnia 22 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 288/22	160
247. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 488/22	160
248. Wyrok z dnia 30 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3046/22	161
249. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3090/22	161
250. Wyrok z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3347/22	162
Art. 568 pkt 2	162
251. Postanowienie z dnia 12 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1155/22	162
252. Postanowienie z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2100/22	163

253. Postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3080/22	163
254. Postanowienie z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3106/22	164
255. Postanowienie z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3117/22	165
256. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3245/22	165
257. Postanowienie z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22	166
Art. 577	166
258. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2081/22	166
Art. 578 ust. 2 pkt 1	166
259. Postanowienie z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 2/22	166
260. Postanowienie z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO/W 4/22	167
261. Postanowienie z dnia 5 marca 2022 r., sygn. akt: KIO/W 7/22	167
262. Postanowienie z dnia 20 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO/W 20/22	168
263. Postanowienie z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 30/22	168
Art. 578 ust. 2 pkt 2	169
264. Postanowienie z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 14/22	169
265. Postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 40/22	169
Indeks rzeczowy	170
Akty prawne przywołane w tezu orzeczeniach	175

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

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

Jest to kolejny numer, który dotyczy orzeczeń Izby wydanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, które prowadzone były w oparciu o ustawę z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Publikacja stanowi przegląd pełnej działalności orzeczniczej Izby, z uwzględnieniem postanowień ws. wniosków o uchylenie zakazu oraz uchwał ws. zastrzeżeń od wyników kontroli. Swoim zakresem obejmuje 265 tez orzecznich wybranych z ponad 3500 wydanych przez KIO w 2022 r. orzeczeń.

Podkreślić należy, iż w publikacji znajdą Państwo usystematyzowane orzeczenia, dotyczące zarówno zagadnień z zakresu przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jak również związanych z postępowaniem odwoławczym.

Z roku na rok obserwujemy wzrost liczby spraw poddawanych pod rozstrzygnięcie Izby, wobec czego zdajemy sobie sprawę z różnorodności zagadnień i problemów z jakimi muszą się mierzyć zamawiający przygotowując i prowadząc postępowania o udzielenie zamówienia oraz wykonawcy ubiegając się o nie. Dlatego też mamy nadzieję, że zaprezentowane w przystępny sposób tezy orzecznicze przyczynią się do usprawnienia Państwa bieżącej pracy.

Anna Kuszel – Kowalczyk

Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej

Art. 7 pkt 28

1. Wyrok z dnia 29 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1793/22

Zamawiający przyjął więc na potrzeby niniejszego postępowania definicję pojęcia usługi jako zrealizowanej w ramach danej umowy. Z brzmienia warunku nie wynika, aby Zamawiający wymagał wykazania, wbrew stanowisku Odwoływającego, że umowa musi obejmować tylko jedną usługę. Rzeczywiście w praktyce najczęściej uznaje się, że jedno zamówienie czy jedna usługa to jedna umowa, jednak jest to wyłącznie pewna przyjęta konwencja. Zdarzają się okoliczności, do których ta prosta zależność nie odnosi się, bowiem zamawiający często zawierają bardziej skomplikowane i nietypowe umowy. Każdy przypadek więc należy rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem charakteru i przebiegu realizacji inwestycji. Skoro więc takiego zastrzeżenia nie było, Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia w specyfikacji nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być część działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać w ramach danej umowy. Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych nie odnosi się także do jednej umowy, bowiem w art. 7 pkt 28) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. W świetle tego przepisu przez usługę należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

Art. 7 pkt 30

2. Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3/22

Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze definicję wykonawcy, o której mowa w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, a także postanowienia SWZ, jej punkt 7.1.4 a). Zgodnie z legalną definicją wskazaną w tym przepisie ustawy: „wykonawcą jest osoba fizyczną, prawną albo jednostką 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”. Zatem szeroki krąg podmiotów, które mogą być określane jako wykonawcy obejmuje zarówno osoby fizyczne, osoby prawne jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Status wykonawcy mają wszystkie te podmioty, które ubiegają się o udzielenie zamówienia. Z kolei w punkcie 7.1.4 a) SWZ - cytowane postanowienie SWZ przez Strony i Przystępującego – Zamawiający nie warunkował zdolności nabycia wymaganego doświadczenia uprzedniego od prowadzenia działalności gospodarczej. Zatem fakt, że oferent (wykonawca) powołał się na czynności wykonane w ramach stosunku pracy nie daje podstaw do negocjowania uzyskanego przez nią w ramach obowiązków służbowych doświadczenia.

Art. 8

3. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3409/22

(...) w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z zasadą, według której jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło, czyli zasadą ujętą w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dla przedmiotowej sprawy oznacza to, że jeżeli Zamawiający wezwał Odwoływającego w dniu 6 grudnia 2022 roku o godz. 13:56 do podpisania umowy i wyznaczył termin tego zdarzenia na 8 grudnia 2022 roku godz.13:00, to działania

Zamawiającego miały charakter prawidłowy. Innymi słowy, w takim przypadku nie ma znaczenia o której godzinie dane zdarzenie miało miejsce, bowiem dla zachowania terminu istotna jest data dzienna tego zdarzenia, a nie godzina. Odnosząc się do zarzutów odwołania, że Zamawiający uchybił zasadzie zastosowania terminu minimalnego, 2 dni roboczych, Izba nie podzieliła w tym zakresie zapatrywań Odwołującego. Jeżeli bowiem weźmiemy pod uwagę sposób liczenia terminów wynikający z przepisów Kodeksu cywilnego, uzupełniony o regulacje ustawy Pzp, to Odwołującemu zostały wyznaczone dwa dni robocze. Pierwszym dniem był 7 grudnia, a drugim dniem był 8 grudnia, przy czym jak już zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, godzina wystąpienia zdarzenia jest irrelevantna dla sposobu obliczenia terminu. Nie były uprawnione twierdzenia odwołania, że Zamawiający nie przestrzegał zasady wyrażonej w art. 8 ust. 4 ustawy Pzp. Izba jednocześnie nie podzieliła zdania Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że art. 8 ustawy Pzp nie ma zastosowania do czynności wezwania wykonawcy do podpisania umowy. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp pod pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” 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. Oznacza to w ocenie Izby, że wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego przed podpisaniem umowy są czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym znajdują do nich zastosowanie przepisy odnoszące się do sposobu liczenia terminów. Zamawiający zatem przy wezwaniu do podpisania umowy zobowiązany jest honorować reguły określone przez przepisy odnoszące się do wyznaczania odpowiednio terminów i ich czasu. Sama zaś czynność podpisania umowy nie jest dopiero czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 18 ust. 1 i 3

4. Wyrok z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1267/22

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ jak Izba ustaliła, uzasadnienie zostało przesłane bez załączników: zanonimizowanej umowy o pracę zawierającej klauzulę poufności oraz Regulaminu dotyczącego informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa X wraz z załącznikami. Załączniki do uzasadnienia nie zostały objęte klauzulą poufności, nie jest więc jasne na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. W przekazanej Izbie dokumentacji Zamawiający zamieścił pliki z załącznikami do uzasadnienia w folderze: „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”. Podkreślić należy, że Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w podejmowaniu decyzji o zachowaniu informacji w poufności. Niewątpliwie decyzja w tym zakresie jest po stronie podmiotu, który przekazuje w postępowaniu informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa i jest zobowiązany wykazać przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący nie zastrzegł załączników do uzasadnienia, a więc były to informacje jawne podlegające udostępnieniu.

5. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3227/22

Wskazać dalej należy, że w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określönemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę

zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa 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, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. 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). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy PZP jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Należy również wskazać, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą

informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazania czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji.

6. Uchwała z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO/KU 33/22

Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie wykonawcy o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawca gromadzi określone informacje oraz sam fakt prowadzenia takiego rejestru nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat kontraktów zawartych, zrealizowanych czy też niewykonanych przez konkurentów. Zgodzić się również należy z Kontrolującym, iż każdy racjonalny wykonawca działający na rynku zamówień publicznych winien posiadać analogiczny rejestr. Wykonawca X winien wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień miałoby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać, tym bardziej, jak już wspomniano powyżej, że duża część zastrzeżonych dokumentów pochodzi od zamawiających publicznych i jest związana z realizacją umów realizowanych w reżimie ustawy Pzp. W ocenie Izby, zawarcie ogólnych stwierdzeń w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konkretyzacji określenia wartości poszczególnych informacji, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż jest to argumentacja wystarczająca do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. (...) Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

7. Wyrok z dnia 29 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3316/22

(...) wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w postępowaniu, jako dokument w postępowaniu, nie może podlegać utajnieniu. Wyjątkowo Zamawiający może nie udostępniać informacji zawartych w wezwaniu, które *stricte* zostały zaczerpnięte i odnoszą się do informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale pozostała część wezwania powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, tak aby zagwarantować wykonawcom wiedzę odnośnie toku prowadzonego postępowania i czynności podejmowanych w postępowaniu przez Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych wykonawców i złożonych przez nich ofert.

8. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO: 3358/22

Zarzuty dotyczące zastrzeżenia informacji ujętych w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień ceny, Izba uznała za niezasadne. Wskazać bowiem należy, iż nie w każdym przypadku, w którym wykonawca zastrzeżga tajemnicą przedsiębiorstwa określone treści, zobowiązany jest do złożenia dowodów, gdyż w niektórych sytuacjach, np. w przypadku niewielkich firm, będzie można uznać za wystarczające samo opisanie, co jest również wykazaniem, procedur jakie mają miejsce w przedsiębiorstwie wykonawcy. Skoro zatem przystępujący X w swoich wyjaśnieniach szczegółowo odniósł się do procedur i zabezpieczeń jakie podjął w swojej firmie w celu ochrony informacji, które są dla przedsiębiorcy bardzo istotne i przedstawiają dla niego istotne dane gospodarcze, to nie sposób twierdzić, że wykonawca taki nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji ujętych w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień ceny. Zdaniem Izby, ocena prawidłowości dokonanych zastrzeżeń każdorazowo musi uwzględniać zarówno charakter informacji, które są zastrzegane, przedmiot zamówienia, sposób prowadzonej działalności gospodarczej, charakter przedsiębiorstwa, liczbę zatrudnianych osób, czy też wreszcie wielkość przedsiębiorstwa. Inne bowiem kryteria i poziomy ochrony należy uwzględnić dla wykonawcy, który jest dużym przedsiębiorstwem, a inne przy firmie kilkusobowej. Każdorazowo ww. elementy należy oceniać indywidualnie.

Art. 63 ust. 1 i 2

9. Wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 371/22

Niemniej jednak istotnym jest to, aby zbiór danych zawartych w poszczególnych dokumentach elektronicznych został przez wykonawcę podpisany właściwym podpisem elektronicznym. W przeciwnym wypadku nie można uznać, że podpis zaufany, który Odwołujący „złożył” wyłącznie na stronie trzeciej formularza ofertowego (jednym z trzech odrębnych plików .pdf) niejako „rozciąga się” na oświadczenia zawarte na pozostałych stronach oferty, a w okolicznościach niniejszej sprawy, w szczególności na stronę drugą zawierającą istotne elementy oświadczenia woli Wykonawcy dotyczącego przedmiotu świadczenia. Inaczej rzecz ujmując, w okolicznościach przedmiotowej sprawy zbiór danych zawartych na stronie pierwszej i drugiej formularza ofertowego Wykonawcy, z których każda stanowiła odrębny plik .pdf nie został opatrzony podpisem elektronicznym, co narusza art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, jak również wymogi określone w rozdziale IV pkt 2 SWZ i stanowi podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest przy tym argumentacja Odwołującego, iż poszczególne strony formularza ofertowego zostały ponumerowane, skoro trzystronicowy formularz ofertowy nie został opatrzony podpisem zaufanym.

10. Wyrok z dnia 1 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2166/22

Przechodząc do kwestii podpisu, należy stwierdzić, że nie jest dowodem na prawidłowe podpisanie przez odwołującego oferty i załączników do niej, samo widoczne odwzorowanie/znacznik tego podpisu na dokumencie. Odwołujący dołączył bowiem do odwołania wydrukowane dokumenty, w tym ofertę, z widocznym znacznikiem podpisu (...). Aby jednak podpis mógł być uznany za prawidłowy i ważny, konieczne jest dokonanie jego walidacji za pomocą przewidzianych do tego programów weryfikacyjnych.

11. Wyrok z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3297/22

Przystępujący jednak w odpowiedzi na ww. wezwanie przedstawił JEDZ dla Firmy X w formie skanu dokumentu wystawionego w postaci papierowej, bez opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem z uchybieniem formie dokumentu wymaganej w świetle przepisów prawa oraz SWZ. Podkreślić

należy, iż zasadą na gruncie ustawy Pzp jest pełna elektronizacja postępowań o udzielenie zamówienia. (...) Art. 63 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza obowiązek składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (JEDZ) pod rygorem nieważności w formie elektronicznej. Taka sama forma właściwa jest dla oświadczenia podmiotu trzeciego wskazanego w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu, który dane oświadczenie woli składa. Konieczność opatrzenia oświadczenia podmiotu trzeciego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wynikała także z treści SWZ. (...) Co więcej, Zamawiający zwrócił na powyższe uwagę Przystępującemu wprost w treści wezwania z dnia 13 września 2022 r. informując, że „dokument/y musi/szają być wypełniony/e i podpisany/e kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów.” Pomimo powyższego Przystępujący na wezwanie złożył skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej, bez opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Forma tego dokumentu uchybiała zatem postanowieniom SWZ i przepisom ustawy Pzp oraz rozporządzenia wykonawczego. Oświadczenie złożone z uchybieniem formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności jest oświadczeniem nieważnym. Brak ten nie mógł już podlegać dalszemu uzupełnieniu.

Art. 64

12. Wyrok z dnia 29 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1001/22

O ile w pewnych wypadkach zamawiający ponosi odpowiedzialność za wadliwe działanie narzędzi informatycznych do składania ofert w przetargu i w niektórych okolicznościach faktycznych mogą być to także okoliczności, które nie zostały spowodowane działaniem zamawiającego (np. awaria platformy, zbyt duża liczba użytkowników jednocześnie korzystająca z narzędzia do składania ofert, etc.), to nie z taką sytuacją mamy do czynienia w ustalonym stanie rzeczy – ponieważ z materiału procesowego wynika, że problem z ofertą odwołującego nie był spowodowany nieprawidłowo działającymi narzędziami do złożenia oferty, czyli nie wynikał z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a jest wynikiem zawinionego błędu osoby, która składała ofertę. (...) Konkludując, obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał, aby brak doręczenia zamawiającemu jego oferty w postępowaniu był spowodowany niezapewnieniem przez jednostkę zamawiającą właściwego działania narzędzi i urządzeń wykorzystywanych w postępowaniu do komunikacji z wykonawcami albo jakimikolwiek innymi okolicznościami, które mogłyby powodować odpowiedzialność zamawiającego. Nie doszło też do żadnego błędu technicznego po stronie organizatora przetargu, a wybór niezgodnego z SWZ sposobu przesłania pliku z ofertą i tym samym uniemożliwienie udziału w przetargu, związane jest ze zignorowaniem przez odwołującego wytycznych dokumentacji postępowania, więc Izba nie miała uzasadnionych podstaw do uwzględnienia odwołania.

13. Wyrok z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2370/22

Do rozstrzygnięcia sporu w ocenie Izby konieczne jest skorzystanie z wykładni literalnej w odniesieniu do problemu jak należy odczytać wyznaczony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin składania ofert w ujęciu godzinowym. Nie ulega wątpliwości, że termin ten został wyznaczony w SWZ jako godzina 12.00, a więc jako określony moment na osi czasu. Nie był to żaden odcinek czasowy, ale jasno sprecyzowany punkt podany w powszechnie używanych jednostkach określenia czasu. Zdaniem składu orzekającego Izby sformułowanie SWZ było klarowne, jednoznaczne i nie wymagało głębszej refleksji ani ze strony zainteresowanych Wykonawców, ani ze strony Izby. Sformułowanie to oznaczało, że z wybicciem godziny 12.00 upływa moment umożliwiający złożenie oferty. W ocenie Izby prezentowany przez Odwołującego pogląd, że pełna godzina koczy się z upływem 59 sekund w pierwszej minucie od jej wybicia nie zasługiwał na podzielenie. Izba uważa, że po wybicciu pełnej godziny biegną sekundy pierwszej minuty następnej godziny

i po 60 sekundach ta pierwsza minuta się kończy, a nie zaczyna. Oznacza to, że termin składania ofert w przypadku wyznaczenia go na godzinę 12.00 upływał w momencie nastania godziny 12.00.00, a nie jak zdaje się sugerować w odwołaniu Odwołujący z upływem 12.00.59. (...)

Na marginesie tylko Izba pragnie podkreślić, że Odwołujący co najmniej niefrasobliwie podszedł do czynności złożenia oferty w postępowaniu. Zwlekanie z wykonaniem tej czynności do ostatniej chwili, próba złożenia oferty praktycznie w ostatnim momencie pokazuje, że Odwołujący nie działał do końca jako podmiot profesjonalny. Takie postępowanie w ocenie Izby nie charakteryzuje profesjonalisty, który aspiruje do możliwości zdobycia i należytego wykonania zamówienia publicznego. Wykonawca działający z rozwagą i należyłą starannością powinien i mógł zakładać, że może mieć miejsce tak prozaiczna sytuacja jak dostępność połączenia umożliwiającego transfer danych, czy choćby awaria systemu lub inna okoliczność losowa, która zaważyć może na skutecznym złożeniu oferty. Nawet gdyby przyjąć rozumowanie Odwołującego o upływie terminu za prawidłowe, to Wykonawca zostawił sobie de facto 8 sekund (!) na ostateczne sformułowanie oferty. W tym czasie choćby z uwagi na wielkość załączników i konieczność przejścia całej procedury podpisowej złożenie oferty w terminie wydaje się Izbie mało prawdopodobne. Wziąć bowiem także należy, iż oferta musi „fizycznie” znaleźć się po stronie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, a więc wpłynąć na jego serwer przed upływem tego terminu. Zauważyć również należy, co potwierdza także dowód złożony wraz z odpowiedzią na odwołanie przez Zamawiającego w postaci logów systemowych próby złożenia oferty przez wykonawcę X, że Wykonawca dopiero o godzinie 11.55.56 zaczął dodawać licznie wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, a próba wysłania formularza ofertowego miała miejsce dopiero o 12.00.05, pobranie pliku oferty do podpisu nastąpiło o 12:00:14, a dodanie pliku oferty do weryfikacji poprawności podpisu nastąpiło o 12:00:48. Wszystkie więc istotne dla ważności oferty w postępowaniu działania Wykonawcy miały już miejsce po upływie wyznaczonego terminu. Dodatkowo, Operator systemu jasno zaakcentował również, że w dniu składania ofert nie doszło do żadnej awarii systemu i nie były zgłaszane nieprawidłowości w jego działaniu. Celnie w odpowiedzi na odwołanie zauważył Zamawiający, że art. 355 § 2 KC dotyczący zawodowej staranności wykonawcy wymaga od takich podmiotów podwyższonych standardów staranności, którymi w ocenie Izby Odwołujący się nie wykazał.

Art. 74 ust. 1 i 2

14. Wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2948/22

Izba podziela stanowisko odwołującego, że nagrania z rozmów kwalifikacyjnych z członkami Personelu Kluczowego odwołującego i przystępującego stanowią część ofert, a ponadto powinny stanowić załączniki do protokołu postępowania. Wniosek taki wynika z faktu, że rozmowa kwalifikacyjna, zgodnie z zapisami SWZ, miała być oceniana na podstawie wskazanych kryteriów oceny ofert. Musiała zatem być częścią oferty.

Zgodnie z przepisami wskazanymi wyżej, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, są uprawnieni do żądania i otrzymania od zamawiającego dokumentów i informacji wskazanych w art. 74 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. Uprawnienie to jest warunkiem realizacji wskazanej w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. jawności postępowania oraz innych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym wskazanej w art. 16 pkt 2 zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Zapewnia także realizację wynikającego z art. 1 ust. 1 i 3 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), nakazującego państwom członkowskim UE zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla uprawnionych podmiotów.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z po-

stępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W rozpoznawanym przypadku ograniczenie dostępu nastąpiło wyłącznie na podstawie postanowienia SWZ, zgodnie z którym nagrania z rozmów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiającego. Wskazać należy, że ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego. Dlatego też do takiego zastrzeżenia, poczynionego przez zamawiającego w SWZ, nie mogą mieć zastosowania przepisy dotyczące zastrzeżenia informacji przez wykonawcę. Zamawiający, poza lakonicznym stwierdzeniem w SWZ, że nagrania będą stanowić tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób takie zastrzeżenie należy rozumieć. W szczególności z jego treści nie wynikało, że nagrania z rozmów kwalifikacyjnych nie zostaną udostępnione nawet wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. W ocenie Izby, tego rodzaju zastrzeżenie nie może naruszać ustawowego uprawnienia wykonawcy do dostępu do informacji i dokumentów wytwarzanych i gromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie spełnia wskazanej w art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. przesłanki do ograniczenia dostępu do informacji jedynie w przypadkach określonych ustawą.

Art. 91 ust. 1 i 2

15. Wyrok z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2578/22

Wskazane wyżej normy oznaczają, że zamawiający ma obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału. Dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest zatem wyłącznie uprawnieniem zamawiającego, nie obowiązkiem – nawet jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Wskazane wyżej przepisy są wynikiem implementacji do polskiej ustawy unormowania zawartego w art. 46 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa), zgodnie z którym: *Instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części. Z wyjątkiem zamówień, w przypadku których podział był obowiązkowy na mocy ust. 4 niniejszego artykułu, instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84. Jednocześnie, zgodnie z ust. 4, Państwa członkowskie mogą wdrożyć przepisy ust. 1 akapit drugi, ustanawiając obowiązek udzielania zamówień w formie oddzielnych części na warunkach określanych zgodnie ze swoim prawem krajowym i z uwzględnieniem prawa unijnego. W takich okolicznościach zastosowanie ma ust. 2 akapit pierwszy i, w stosownych przypadkach, ust. 3.*

Wskazówki w zakresie tego, w jaki sposób należy interpretować przytoczony regulacje, zawarte są w motywie 78 preambuły dyrektywy, w którym czytamy: *Zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP. Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”, zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu. Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę*

autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. 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. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: 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. Państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwienia MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. W tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.

Analiza przepisów zawartych w art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazuje na to, że polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie do polskiego porządku prawnego dyspozycji zawartej w art. 46 ust. 4 dyrektywy i nie ustanowił ani obowiązku podziału zamówienia na części, ani też bardziej rygorystycznych reguł w zakresie uzasadniania decyzji o zaniechaniu takiego podziału. Tym samym przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp winien być interpretowany z uwzględnieniem treści art. 46 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy. Z powyższego wynika, że zamawiający, rezygnując z podziału zamówienia na części, obowiązany jest wskazać w dokumentacji postępowania jedynie najważniejsze powody swojej decyzji w tym zakresie. Przyczyny te mogą być takie, jak zawarte w motywie 78 preambuły dyrektywy, na przykład: możliwość ograniczenia konkurencji, nadmierne trudności techniczne, nadmierne koszty wykonania zamówienia, zagrożenie właściwego wykonania zamówienia z uwagi na potrzebę skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia. Mogłyby one również być inne, o ile zamawiający dopatrywałby się w nich jakichkolwiek zagrożeń w realizacji zamówienia. (...)

Analiza zamieszczonych w dokumentacji postępowania przyczyn, dla których zamawiający zrezygnował z podziału przedmiotowego zamówienia na części pozwala na stwierdzenie, że zamawiający uczynił zadość obowiązkowi zawartemu w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego oparta jest w szczególności na przekonaniu, że podział zamówienia spowodowałby problemy w jego realizacji, głównie ze względu na konieczność koordynacji pracy poszczególnych wykonawców. Ewentualnych zagrożeń zamawiający dopatruje się zarówno w sferze realizacji zamówienia przez kilka podmiotów jednocześnie, jak i we własnej organizacji pracy, w tym konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z obsługą kilku umów.

16. Wyrok z dnia 7 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3128/22

Ustawa Pzp nie ustanawia nakazu podziału zamówienia na części czy dopuszczenia składania ofert częściowych w każdym przypadku, w którym jest to możliwe. Ustawodawca zobowiązał jednak zamawiającego do podania w dokumentach zamówienia powodów, dla których nie dokonał takiego podziału. Przyjąć zatem należy, że podział zamówienia na części czy dopuszczenie składania ofert częściowych jest pożądane z uwagi na poszerzenie konkurencji, dopuszczenie do udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw, jednak podział taki nie może zaburzać osiągnięcia celu zamawiającego i godzić w jego interes. Kwestia podziału zamówienia na części wymaga każdorazowo indywidualnej analizy potrzeb zamawiającego i celowości podziału (patrz też: wyrok KIO z dnia 28 maja 2019 r., sygn. akt KIO 864/19). W motywie 78 preambuły dyrektywy 2014/24/UE jako przykładowe podstawy odstąpienia od podziału zamówienia na części ustawodawca unijny wskazał ryzyko spowodowania ograniczenia konkurencji albo nadmiernych trudności technicznych lub nadmiernych kosztów wykonania zamówienia, lub ryzyko braku skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Za uzasadnioną Izba uznała także argumentację Zamawiającego dotyczącą braku pewności co do powodzenia realizacji dwóch odrębnych postępowań na system informatyczny, skorelowania terminów wdrożenia systemów, a także ich integracji i migracji danych. Istotna jest okoliczność, że żaden z nowych systemów osobno nie byłby w stanie zapewnić Zamawiającemu obsługi obszarów działalności (...). Należy mieć przy tym na uwadze ww. ograniczenia terminowe w korzystaniu z obecnie posiadanego systemu, jak również ograniczenia w dysponowaniu środkami pochodzącymi z Unii Europejskiej, z których finansowany jest przedmiot zamówienia. Nie bez znaczenia jest również ekonomiczny aspekt zamówienia. Za wysoce prawdopodobne Izba uznała twierdzenie Zamawiającego, że realizacja zamówienia w ramach dwóch odrębnych umów realizowanych przez innych wykonawców będzie wiązała się z wyższymi kosztami. Ponadto, za brakiem podziału zamówienia na części przemawia również konieczność koordynacji pracy różnych wykonawców realizujących odrębne systemy w tym samym czasie, zagrożenia związane z płynną wymianą danych, a także możliwość zaistnienia wzajemnych sporów pomiędzy wykonawcami dotyczących odpowiedzialności za niepowodzenie w integracji systemów, co nie leży w interesie Zamawiającego. Izba zgadza się ze stanowiskiem, że inaczej przebiega realizacja jednego systemu, który powinien być zintegrowany ze znanym środowiskiem posiadanym przez zamawiającego, inaczej zaś równoległe tworzenie systemów przez różnych wykonawców, które to systemy muszą ze sobą płynnie współpracować. Realizacja jednej z części podzielonego zamówienia w żaden sposób nie zaspokoiłaby potrzeb Zamawiającego.

17. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3439/22

Mając na uwadze, że każde postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest w określonych okolicznościach faktycznych związanych z tymże zamówieniem jak również z tym Zamawiającym, tym samym dla każdego zamówienia warunki jego realizacji będą inne. Warunki realizacji zamówienia – w tym podział zamówienia na części, bądź brak dokonywania takiego podziału – na etapie prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego mają odzwierciedlać, a w zasadzie gwarantować na etapie realizacji zamówienia (umowy) uzyskanie najlepszy efektów realizacji przedsięwzięcia, najlepszych efektów ekonomicznych, ale również innych mających znaczenie dla danego zamówienia charakterystycznych właśnie dla niego, takich jak np. organizacja realizacji zamówienia i wszystkie z nią powiązane elementy, jak niezbędne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia kompleksowość realizacji zamówienia wynikająca z możliwości technicznych, organizacyjnych, związanych z bezpieczeństwem itd. Okoliczności faktyczne jakie uzasadniają podjęte decyzje, w tym decyzje o podziale zamówienia na części lub jego braku, będą zawsze indywidualne i charakterystyczne dla danego zamówienia w danych okolicznościach. (...)

Izba uznała zarzut za zasadny w części w jakiej odnosi się on do zaniechania przez Zamawiającego obowiązku podania uzasadnienia w dokumentach zamówienia zaniechania podziału zamówienia na części z możliwością złożenia ofert częściowych w zakresie zadania 1 i zadania 2. Zamawiający wydzielając przedmiot do osobnych zadań, określając odmienne daty jego realizacji wydaje się zaznaczyć swoistą odrębność przy czym nie podał powodów w dokumentach zamówienia dlaczego nie dokonuje podziału zamówienia na części w tym zakresie. W ocenie Izby brak podania tego uzasadnienia, powodów dla których nie dokonuje podziału zamówienia na części jest zdarzeniem pierwotnym i zarzutem pierwotnym w stosunku do zarzutu zaniechania podziału zamówienia na części. Wykonawca Odwołujący ma słuszość co do braku podania w dokumentach zamówienia powodów zaniechania podziału zamówienia na części. Dopiero w okolicznościach zapoznania się z uzasadnieniem zaniechania podziału zamówienia na części będzie miał sposobność do ponoszenia zarzutu zaniechania podziału zamówienia na części z uwagi na naruszenie zasad prawa zamówień publicznych.

Art. 94 ust. 1

18. Wyrok z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1249/22

Przepis art. 94 ust. 1 Pzp, określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia zastrzeżone: zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne, inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Działalność polegająca na integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych jest niewątpliwie działalnością społeczną. Stanowiąc główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej jednostki, działalność społeczna jest działalnością tzw. non profit. Wyodrębniona organizacyjnie jednostka w strukturze spółki z o.o. może oczywiście prowadzić działalność społeczną (non profit). Przepisy nie zakazują spółce z o.o. lub wyodrębnionej organizacyjnie jednostce spółki takiej działalności, jednak osiągnięty przez tę jednostkę zysk nie może być przeznaczony do wypłaty między wspólników, bowiem musi zostać przeznaczony na dany cel społeczny, który jest głównym celem działalności jednostki w tym przypadku – integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych. Taka redystrybucja zysku musi wynikać z umowy spółki. Choć jednostka może zostać wyodrębniona formalnie na mocy uchwały Zarządu Spółki, to jednak wymaga ona zgody Zgromadzenia Wspólników, uwzględniając art. 191 ksh. Działalność wyodrębnionej organizacyjnie jednostki powinna być prowadzona w sposób samodzielny, choć w ramach struktury prawnej Spółki. Jednostka powinna posiadać majątek niezbędny do samodzielnego prowadzenia danej społecznej działalności, odrębny rachunek zysków i strat, odrębne konto księgowo, co pozwala na prowadzenie samodzielnej wyodrębnionej ze struktury spółki działalności. Z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, że utworzona jednostka posiada w myśl uchwał Zarządu Spółki powyższe atrybuty, jednak jej działalność nie została w pełni wyodrębniona od działalności Spółki. Jednostka nie jest ujawniona w rejestrze KRS jako odział Spółki, zatem formalnie nie posiada odrębności gospodarczej, która jest konieczna do realizacji zamówienia w myśl art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Powyższe okoliczności nie zostały przez Odwołującego wykazane ani w postępowaniu przed Zamawiającym, ani w postępowaniu odwoławczym – na rozprawie. Odwołujący nie wykazał, że integracja społeczna i zawodowa osób skazanych i pozbawionych wolności jest głównym celem działalności powołanej w Spółce jednostki. Odwołujący nie wykazał także, że zysk osiągnięty z działalności ww. jednostki jest przekazywany na cele społeczne związane z integracją społeczną i zawodową ww. osób. Samo tylko zatrudnienie osób marginalizowanych do prac realizowanych de facto przez Spółkę nie może być uznane za działalność integracyjną w rozumieniu art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Art. 95

19. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3041/22

Okoliczność, że Zamawiający wymaga w trakcie realizacji umowy zatrudnienia określonych osób na podstawie umowy o pracę, nie przesądza, że muszą one być zatrudnione w tej formie już na dzień składania ofert. Jeżeli wykonawca nie uzyskałby zamówienia, zatrudnienie na podstawie umowy o pracę określonych osób może okazać się bezcelowe. Zdaniem składu orzekającego dysponowanie - na dzień składania ofert - w innej formie, niż umowa o pracę, jest wystarczające. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie dysponuje danymi osobami, a kwestionował jedynie „formę” dysponowania, co w ocenie Izby nie ma istotnego znaczenia dla ustalenia okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Art. 97 ust. 5

20. Wyrok z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 201/22

Przepisy PZP nie wymagają więc, aby w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej miało ono zachować swoją ważność o pewien czas dłużej, niż wyznaczony okres związania ofertą. Przepisy nie wymagają również wprowadzenia do wadium w formie niepieniężnej, klauzuli umożliwiającej zaspokojenie się z wadium po upływie okresu związania ofertą (ważności wadium).

21. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2098/22

Odnosząc się do kwestii wniesienia wadium przez konsorcjum X, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że podniesiony w odwołaniu zarzut nie dotyczy w istocie tego, czy złożona gwarancja ubezpieczeniowa obejmuje okres związania ofertą. Okres ten bowiem został w gwarancji prawidłowo wskazany. Problem poruszony w odwołaniu dotyczy natomiast tego, kiedy zamawiający będzie mógł wystąpić do gwaranta z roszczeniem w przypadku wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium i czy opisana w gwarancji procedura wystąpienia z tym roszczeniem, tj. konieczność pisemnego zgłoszenia roszczenia w terminie związania ofertą, zabezpiecza ofertę w tym okresie, a zwłaszcza w ostatnim dniu tego okresu.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestia procedury wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium nie została uregulowana w przepisach ustawy Pzp. Przepisy ustawy nie rozróżniają także terminu związania ofertą od terminu wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi jedynie, że wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem wyjątków). Przepis ten nakłada zatem na wykonawców obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, co w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oznacza, że gwarancja musi zachowywać ważność przez cały ten okres. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują natomiast żadnych obowiązków w kontekście procedury wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium. Stąd też w sytuacji, gdy gwarant - jak w niniejszym przypadku - zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej, co do zasady nie ma podstaw prawnych do kwestionowania postanowień gwarancji dotyczących wystąpienia z roszczeniem przez zamawiającego.

22. Wyrok z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2369/22

Aby uznać, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało przez wykonawcę wniesione przed terminem składania ofert, konieczne jest przekazanie Zamawiającemu przed tym terminem dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. O ile można przyjąć, że z chwilą udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty kwoty wadium powstaje zobowiązanie do tej kwoty na żądanie zamawiającego, to stwierdzić należy, że samo udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej nie daje zamawiającemu praktycznej możliwości zgłoszenia tego żądania – do chwili przekazania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nie ma on wiedzy, czy gwarancja taka w ogóle została udzielona, a tym bardziej - kto jej udzielił. Dopiero z chwilą przekazania tego dokumentu zamawiający dowiadyuje się, że dany wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a także od kogo może żądać zapłaty kwoty wadium w sytuacji określonej w art. 98 ust. 6 Pzp (często zaś również w jaki sposób żądanie to powinno być zgłoszone).

Art. 98 ust. 6

23. Wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 12/22

Nie ulega wątpliwości, że treść gwarancji powinna zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp, co nie oznacza, że musi zawierać wskazanie wprost na art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie określił w SWZ, w jaki sposób okoliczności zawarte w art. 98 ust. 6 Pzp powinny być opisane w treści gwarancji. Skoro okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 poprzedniej ustawy Pzp, odpowiadają okolicznościom określonym w art. 98 ust. 6 Pzp, to należy uznać, że zakres wskazanych w treści złożonej gwarancji okoliczności zatrzymania wadium (w oparciu o treść art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 poprzedniej ustawy Pzp) został określony zgodnie z art. 98 ust. 6 Pzp, chociaż poprzez odniesienie do treści przepisów uchylonej ustawy Pzp.

Izba podziela w pełni stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że treść gwarancji musi wyraźnie i jasno określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. W niniejszej sprawie, fakt określenia tych przypadków, poprzez odwołanie się do poprzednio obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie dyskwalifikuje ważności gwarancji i zabezpieczenia wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego w przypadkach wskazanych w art. 98 ust. 6 Pzp. Biorąc pod uwagę pełną treść dokumentu gwarancji, jak i cel tego dokumentu i zamiar stron tego stosunku prawnego, nie sposób uznać, że omyłkowe wskazanie przepisów Pzp powoduje nieważność gwarancji wniesionej w przedmiotowym postępowaniu. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że powyższy zakres odpowiedzialności Gwaranta z wystawionej gwarancji został potwierdzony dodatkowo w oświadczeniu Banku (...)

Art. 99 ust. 1

24. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2022/22

Okoliczność, że wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA nie wynika z przepisów obowiązujących na terenie Unii Europejskiej, na co powołuje się Odwołujący, nie przesądza o tym, że takiego dodatkowego i szczególnego wymogu nie można postawić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o ile jest on uzasadniony obiektywną potrzebą Zamawiającego. Pismo Prezesa ULC z dnia 4 lipca 2022 r. potwierdza, że wymogiem wprowadzenia pewnej grupy urządzeń do użytku jest uzyskanie oznakowania „pieczęć UE” lub „oczekiwanie na pieczęć UE”. Prezes ULC nie wypowiada się w tym piśmie odnośnie możliwości żądania dodatkowych wymogów technicznych dla urządzeń EDS w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, w ocenie Izby, wykazał, że dodatkowe wymaganie dotyczące przejścia procesu certyfikacji/kwalifikacji przez TSA ma istotne znaczenie dla zapewnienia wyższego poziomu bezpieczeństwa w ramach działalności Zamawiającego. Wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA został wprowadzony do postępowania w celu zapewnienia, że urządzenia EDS spełniają najwyższe standardy bezpieczeństwa, w szczególności spełniają najwyższe standardy wykrywalności materiałów wybuchowych.

Podkreślić należy, że wymóg 5.2 OPZ musi być interpretowany w odniesieniu do aktualnej sytuacji geopolitycznej, w której standardy bezpieczeństwa na lotnisku mają tak istotne znaczenie. Zamawiający jest przedsiębiorcą o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Ze względu na znaczenie Zamawiającego z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności państwa oraz fakt, że infrastruktura Zamawiającego jest szczególnie narażona na różnego rodzaju zagrożenia w aktualnej sytuacji geopolitycznej, co Zamawiający szczegółowo wyjaśnił w swoim stanowisku, istotne jest zapewnienie zwiększonego poziomu bezpieczeństwa. Istotnym i obiektywnym uzasadnieniem wprowadzenia omawianego wymogu jest również konieczność zapewnienia kompatybilności urządzeń z tymi, które wykorzystują państwa

sojusznicze, zwłaszcza w sytuacji możliwego pojawienia się dodatkowych wymogów tych państw co do bezpieczeństwa.

25. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3375/22

Przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to taki, który nie budzi wątpliwości, określony w sposób na tyle precyzyjny, aby nie pozwalał na różną interpretację. Natomiast opis wyczerpujący przedstawia przedmiot zamówienia w sposób pełny, szczegółowy i wszechstronny. Podkreślić jednocześnie należy, że opis przedmiotu zamówienia jest kierowany do wykonawców, a zatem do profesjonalistów działających na danym rynku i w danej branży, wobec czego powinien być on sformułowany w fachowym języku za pomocą pojęć stosowanych w danej branży. Użycie fachowego języka umożliwia często pominięcie szerokich i szczegółowych opisów, ponieważ język ten posługuje się pojęciami zdefiniowanymi w danej branży, a tym samym w pełni zrozumiałymi dla wykonawców. Ponadto, zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, określenia używane do opisu przedmiotu zamówienia powinny uwzględniać wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia musi wskazywać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia, obejmujący wszystkie istotne elementy, które mogą mieć istotne znaczenie dla przygotowania oferty, a zatem dla zaoferowania przedmiotu odpowiadającego wymaganiom zamawiającego, umożliwiające prawidłową wycenę oferty. Celem tego przepisu jest przekazanie wykonawcom jednoznacznych informacji odnośnie oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, które dadzą wykonawcy pełną, a zarazem niezbędną wiedzę do prawidłowego przygotowania oferty, a w konsekwencji do prawidłowego wykonania zamówienia. (...) W świetle powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że opis przedmiotu zamówienia z użyciem określeń „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”, produktów „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”, zgodnie z „obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego”, „GMP” oraz „systemu HACCP”, jest jednoznaczny i zarazem wyczerpujący. Profesjonalny wykonawca działający w branży żywnościowej, restauracyjnej, a dodatkowo z wymaganym doświadczeniem w wykonywaniu danych usług, z pewnością powinien posiadać adekwatną wiedzę odnośnie regulacji obowiązujących w tej branży, umożliwiającą zarówno przygotowanie oferty, jak i następnie prawidłową realizację zamówienia.

Art. 99 ust. 4

26. Wyrok z dnia 28 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 64/22, KIO 74/22

Izba wskazuje, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, iż Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję na rynku. Przepis ten nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. W szczególności, w ocenie Izby, dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SWZ. Okoliczność, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Przy czym Izba zaznacza, że do zamawiającego stosuje się ten sam obowiązek dowodowy wykazania obiektywnych i rzeczywistych potrzeb uzasadniających ograniczenie

konkurencji jaki ma zastosowanie do wykonawcy w zakresie konieczności wykazania możliwości naruszenia konkurencji. Nie może być bowiem tak, iż na wykonawców nakłada się obowiązek realnego uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji poprzez przeprowadzenie częstokroć skomplikowanego i trudnego postępowania dowodowego w zakresie możliwości naruszenia konkurencji, zaś zamawiający uzasadniając takie ograniczenia opierają się na ogólnych i gołosłownych oświadczeniach o realizacji bliżej nieokreślonych potrzeb jednostek publicznych. Należy podkreślić, że takie obiektywne potrzeby publiczne muszą być po pierwsze skonkretyzowane, a po drugie zamawiający winien wykazać, że ich realizacja może nastąpić wyłącznie drogą ograniczenia konkurencji na rynku.

27. Wyrok z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 248/22

Przypomnienia wymaga, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg

i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach. Przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełnienia jednego z nich może przynieść skutek w postaci niemożności złożenia oferty w ogóle, zatem niezbędne jest wykazanie, że potrzeby zamawiającego dotyczą wszystkich, kwestionowanych przez danego wykonawcę parametrów.

28. Wyrok z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 351/22

Podkreślić jednakże należy, co również wielokrotnie przebiegało z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. (...) Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem potrzeb, z zapatrywaniem na przyszłość, z przewidywaniem możliwości korzystania z przedmiotu w sposób ułatwiający mu pracę czy też polepszający jej warunki. Fakt, że Zamawiający jest podmiotem publicznym nie powinno go stawiać w gorszej pozycji i pozbawiać możliwości nabywania dóbr o cech, parametrach, funkcjonalnościach które pozwalają na rozwój i ułatwiają działania. Izba zaznacza jednocześnie, że opis przedmiotu zamówienia jak również sposób jego realizacji powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Nie oznacza to natomiast, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której

o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do

tych wymaganych przez Zamawiającego.

29. Wyrok z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1286/22

Zdaniem Izby, konsekwencją ustalenia okoliczności, iż wprowadzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję do jednego produktu, jest konieczność ustalenia czy takie ograniczenie konkurencji na rynku jest uzasadnione istnieniem obiektywnych potrzeb Zamawiającego w tym zakresie, które takie ograniczenie konkurencji mogłoby sankcjonować i usprawiedliwiać. Okoliczności takie winny zostać dowiedzione przez Zamawiającego. Izba oceniając całość materiału dowodowego nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wymóg dostarczenia urządzenia spełniającego kwestionowane parametry jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. (...)

Zdaniem Izby, jeżeli dla Zamawiającego jakiś szczególny parametr techniczny urządzeń ma istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, to taką okoliczność winien po pierwsze wykazać, po drugie zaś uwzględnić takie preferencje w kryteriach jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia. Tymczasem w okolicznościach analizowanej sprawy zestawienie parametrów zamawianych urządzeń jednoznacznie wskazuje, że możliwe jest tylko zaoferowanie jednego konkretnego urządzenia. Nie wiadomo przy tym z jakich powodów dostawcy innych, porównywalnych urządzeń, mieliby zostać wyeliminowani z udziału w postępowaniu. W przypadku całkowitego wyłączenia konkurencji, tj. ograniczenia możliwego przedmiotu dostawy jedynie do jednego produktu, należałoby wykazać nie tylko preferencje zamawiającego, ale wręcz konieczność zakupu wyspecyfikowanych rozwiązań. Ponadto tego typu wyłączenie konkurencji ze względu na konieczność określonego zakupu należałoby odzwierciedlić w trybie zamówienia z wolnej ręki, a nie w przetargu nieograniczonym, który co do zasady jest trybem otwartym umożliwiającym złożenie ofert z góry nieograniczonemu kręgowi wykonawców. Izba podkreśla, że ustawodawca wskazał, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt oraz kryteria jakościowe. Właśnie kryteria jakościowe umożliwiają zamawiającym zakup urządzeń o jakościowo lepszych parametrach.

30. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2009/22

Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia (a dokładniej jego elementu – wymagań dotyczących integracji systemów), przez wskazanie konkretnego narzędzia (...) charakteryzującego produkty konkretnego producenta, jest na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp dopuszczalny tylko wtedy, gdy nie wiąże się to z potencjalnym ryzykiem doprowadzenia do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów i jest uzasadnione przedmiotem zamówienia. Warto tu przywołać też art. 99 ust. 5 ustawy Pzp wskazujący na dopuszczalność opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeśli nie da się opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, ale przy równoczesnym dopuszczeniu możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. (...) Zamawiający powinien przede wszystkim ukształtować opis przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymagań funkcjonalnych i wydajnościowych. Co do zasady nie jest dopuszczalne wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia (bezpośrednio lub pośrednio) na konkretny produkt, chyba że: a) uzasadnia to przedmiot zamówienia (art. 99 ust. 4), b) nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób a takim odniesieniem towarzyszą słowa „lub równoważne” (art. 99 ust. 5).

31. Wyrok z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2117/22

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp z w. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Istotą przywołanych regulacji jest uniemożliwienie zamawiającemu dokonywania takiego opisu swoich wymagań i warunków realizacji zamówienia, który prowadziłby do sztucznego zawężenia kon-

kurencji poprzez faworyzowanie konkretnego wykonawcy czy też konkretnego produktu. Izba wskazuje, że podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych przez podmioty publiczne jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przypomnieć również 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 ustawy Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, z uwzględnieniem specyfiki uwarunkowań poszczególnych wykonawców. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest spełniony wtedy, gdy zamawiający umożliwia udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Rynek zamówień publicznych nie służy realizacji potrzeb wykonawców dążących do sprzedaży swych usług czy dostaw, ale do realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiających czyli potrzeb publicznych, w warunkach i na zasadach, które te potrzeby najlepiej realizują. (...)

Należy zaznaczyć, że termin realizacji zamówienia dotyczy konkretnego Zamawiającego, znajdującego się w konkretnych uwarunkowaniach. Nie jest zadaniem Zamawiającego dostosowanie warunków, terminu realizacji zamówienia do indywidualnych potrzeb wykonawcy. To wykonawca ma obowiązek zorganizować sposób realizacji zamówienia, tak aby dochować terminów ustalonych przez Zamawiającego. Te zaś, zdaniem Izby, nie są niemożliwe do zachowania.

Art. 99 ust. 6

32. Wyrok z dnia 1 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2162/22

Na koniec, odnosząc się do podnoszonego przez Odwołującego naruszenia art. 99 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niedopuszczenie ofert równoważnych, Izba wskazuje, że ww. przepis, formułujący obowiązek wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności odnosi się do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia został opisany w sposób określony w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, tj. przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Powyższe nie jest tożsame z opisaniem przedmiotu zamówienia przez wskazanie obiektywnych cech produktów, które w ocenie Odwołującego oferuje na rynku tylko jeden producent. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia ani źródła lub szczególnego procesu, nie było zatem podstaw do wskazywania kryteriów równoważności.

33. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3173/22

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut należy przede wszystkim wskazać, iż argumentacja Odwołującego opiera się na nieprawidłowym założeniu, że skoro Zamawiający zawarł wymóg, aby oczyszczalnia była zgodna z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, to powinien dopuścić wszelkie możliwe rozwiązania (w tym materiały i technologie), które posiadają deklarację zgodności z tą normą. W ocenie Izby Zamawiający jest w pełni uprawniony, aby oczekiwać dostarczenia produktów zgodnych z normą, ale posiadających dodatkowo pewne konkretne parametry, które z perspektywy uzasadnionych potrzeb Zamawiającego są istotne. Przykładowo może mieć miejsce sytuacja, w której norma określa minimalny poziom wymagań, który jednak z perspektywy potrzeb jednostki zamawiającej powinien być wyższy. Podobnie może zaistnieć przypadek, w którym jedynie część wskazanych w normie technologii czy materiałów będzie uzasadniona do zastosowania w warunkach charakterystycznych dla danego zamówienia. Siłą rzeczy w takim przypadku dojdzie do sytuacji, w której nie wszystkie produkty posiadające deklarację zgodności z normą, będą mogły zostać zaoferowane w danym postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jeśli tylko powstałe w ten sposób ograniczenie konkurencji znajduje racjonalne, obiektywne uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego.

Art. 105 ust. 1

34. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2063/22

W pierwszej kolejności Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego z rozprawy, że sporny certyfikat ma de facto podwójny charakter i w zależności od roli jaką jemu nadał Zamawiający może pełnić rolę podmiotowego lub przedmiotowego środka dowodowego. Izba także zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, co do art. 105 ust. 1 Pzp, z którego wynika, że certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność może stanowić przedmiotowy środek dowodowy. W konsekwencji fakt, że w § 9 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) zaświadczenie niezależnego podmiotu jest wskazane jako środek podmiotowy nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. (...) sporny certyfikat został wskazany pośród tak wykazu oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (...). Izba w konsekwencji stwierdza, że Zamawiający mógł uczynić z certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” kryterium oceny ofert z uwagi na ten dwoisty charakter tego dokumentu. Niewątpliwie bowiem zawiera w sobie aspekty podmiotowe, jak i przedmiotowe. W rezultacie nadanie przez Zamawiającego w tym postępowaniu temu dokumentowi charakteru przedmiotowego środka dowodowego było dopuszczalne, tym bardziej, że służy ten certyfikat weryfikacji jakości świadczonych usług profesjonalnego utrzymania czystości.

Art. 107 ust. 2

35. Wyrok z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 663/22

Przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą – z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia, jest to forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego (tutaj z załącznikiem nr 4 do SWZ). Zatem zadeklarowana przez wykonawcę zgodność oferowanych dostaw/usług/robót budowlanych z wymaganiami OPZ musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych, a merytoryczna wada takiego dokumentu jest podstawą do odrzucenia oferty, a nie do wezwania do uzupełnienia. Wykaz urządzeń i karty katalogowe potwierdzały jakie urządzenia klimatyzacji składają się na przedmiot oferty. Innymi słowy, poprzez złożone dokumenty wykonawca prezentował jakie urządzenia oferuje i jakie mają one właściwości – które miały być zgodne z projektem technicznym instalacji klimatyzacji. Jeżeli więc złożony z ofertą przedmiotowy środek dowodowy wskazuje, że jest ona niezgodna z dokumentacją zamówienia (brak poszczególnych elementów zamówienia, zbyt mała liczba urządzeń) takiej wady nie można sanować, a ofertę należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Powyższe koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (por. przykładowo wyroki z dnia 16.12.2021 r. sygn. akt KIO 3522/21 i z dnia 20.12.2021 r. sygn. akt KIO 3555/21).

W ocenie Izby art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb z art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwieństwo do art. 128 ust. 1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego. Na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do: 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złoży wykazu urządzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia

przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą), 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urządzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne).

O ile pierwsza sytuacja jest prosta i jest związana z biernością wykonawcy, który nie składa dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą i uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu, to druga sytuacja, gdzie uzupełnia się niekompletne dokumenty, jest ocenna i wpisuje się w nią niekompletność fizyczna dokumentu (brak załączenia wszystkich stron, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne, etc.), a także wydaje się, że częściowo niekompletność w uproszczeniu określana niekompletnością merytoryczną – tylko nie takim zakresie, w jakim doszło do zmiany wykazu w rozpoznawanym sporze. Tutaj można rozważyć czy zasadnym byłoby, w niektórych bardzo specyficznych stanach faktycznych, skorzystanie z tego trybu do ostatecznego rozstrzygnięcia zgodności oferty z OPZ, jeżeli w treści dokumentu brak jest wymaganej informacji (np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia wymiaru danego elementu, ponieważ zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej). Niemniej, sytuacje takie wystąpią sporadycznie, a wezwanie z art. 107 ust. 2 p.z.p. należy stosować niezwykle rozważanie (...).

Natomiast w ustalonym stanie rzeczy ocena jest prosta – drugi wykaz urządzeń, gdzie dokonano jego istotnej zmiany w stosunku do wykazu złożonego wraz z ofertą, poprzez dopisanie nowych urządzeń klimatyzacji, stanowi zmianę w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Jeżeli więc pierwszy wykaz wprost wskazuje, że oferowane w ramach zamówienia dostawy nie spełniają wymagań SWZ, to zamawiający nie miał upoważnienia, aby wystosować do odwołującego wezwanie do uzupełnienia. Stwierdzonej wady nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem de facto uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

36. Wyrok z dnia 29 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 693/22

Z przedmiotowego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek wezwania do złożenia lub uzupełnienia dokumentu będącego przedmiotowym środkiem dowodowym w sytuacji, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Jak ustaliła Izba (zostało to także przyznane przez odwołującego na rozprawie) w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przewidział takiej możliwości. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów będących przedmiotowymi środkami dowodowymi. Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić takiego dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie.

Art. 107 ust. 3

37. Wyrok z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3038/22

W odniesieniu do oceny przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy (...), przepis art. 107 ust. 3 Ustawy wyłącza możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy należy wskazać, iż Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny przedmiotowej ofert w oparciu o przedłożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe, w takim zakresie w jakim pozwalały one na potwierdzenie parametrów urządzenia. W sytuacji, gdyż środki te nie potwierdzały spełnienia parametru ocenianego, Zamawiający nie mógł przyznać punktów w kryterium parametrów

technicznych, jak również nie mógł wezwać do uzupełnienia dokumentu, czy też zastąpienia przedmiotowego ośrodka dowodowego oświadczeniem wykonawcy z załącznika 2A.

Art. 107 ust. 4

38. Wyrok z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3066/22

W ocenie Izby, w tym przypadku wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie przedmiotowych środków dowodowych prowadzioby de facto do ominięcia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ oraz do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, a w konsekwencji niezachowaniem w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślić należy, że w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełnia wymaganych dokumentów - przedmiotowych środków dowodowych - na wezwanie do ich uzupełnienia Zamawiający nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień w zastępstwie wymaganych dokumentów. W świetle postanowień SWZ, treść złożonych przez Odwołującego ww. dokumentów nie budziła wątpliwości, które miałyby podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, lecz zawierała braki odnośnie wymaganych informacji. Z przedłożonych przez Odwołującego kart charakterystyki produktów oraz z raportów z badań wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że zaoferowane przez Odwołującego materiały eksploatacyjne równoważne kompatybilne są również z innymi urządzeniami nie wymienionymi w tych dokumentach. Brak tych informacji nie może podlegać wyjaśnieniu, a jedynie ewentualnie uzupełnieniu, jednakże w tym zakresie procedura umożliwiająca uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego została wyczerpana.

Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2

39. Wyrok z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1492/22, KIO 1496/22

Przepis ten [art. 108 ust. 1 pkt 2 – red.] ma zatem zastosowanie do konkretnych podmiotów, które zostały w nim wymienione. Są to: urzędujący członek organu zarządzającego, urzędujący członek organu nadzorczego, wspólnik w spółce jawnej, wspólnik w spółce partnerskiej, komplementariusz w spółce komandytowej, komplementariusz w spółce komandytowo-akcyjnej lub prokurent, o ile osoby te zostały prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie odwołujący powołał się na zasoby podmiotu – spółki X, której forma działania jest odpowiednikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zarząd w ww. spółce udostępniającej odwołującemu zasoby sprawuje spółka Y, która także jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, a z kolei jej jedynym członkiem zarządu jest pan Z. Podmiotem podlegającym weryfikacji zamawiającego, był zatem podmiot udostępniający zasoby, czyli spółka X.

Jednocześnie należy zauważyć, że w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział rozwiązań prawnych, jakie istnieją na gruncie prawa niderlandzkiego, tj. sytuacji gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada zarząd w postaci osoby prawnej będącej także spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Przepis ten dotyczy bowiem podmiotów będących osobami fizycznymi (członek organu, wspólnik, prokurent, komplementariusz), co potwierdza zawarte w nim odniesienie do art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w którym wymieniono przestępstwa, za popełnienie których mogą być skazane osoby fizyczne. W związku z powyższym art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania do osób prawnych, w tym także do wskazanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty spółki Y sprawującej zarząd w spółce udostępniającej zasoby odwołującemu.

Ponadto, jak wskazano już wcześniej, weryfikacji zamawiającego podlegała co do zasady spółka udostęp-

niająca zasoby, tj. X. Nie ma podstaw do przyjęcia, że weryfikacja ta powinna sięgać także do kolejnej spółki będącej jej zarządem, tj. do spółki Y, a tym bardziej do pana Z będącego członkiem zarządu tej ostatniej. Potwierdza to pośrednio opinia Urzędu Zamówień Publicznych powoływana przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego. Opinia ta wprawdzie dotyczy spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, ale przyjęte w niej stwierdzenie o nieprzenieszeniu obowiązku weryfikacji karalności na osoby zasiadające w organach zarządzających lub nadzorczych ww. spółek, znajduje zastosowanie również w niniejszym stanie faktycznym, w którym zarząd w jednej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością sprawuje inna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Art. 108 ust. 1 pkt 5

40. Wyrok z dnia 16 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2264/22

W ocenie Izby okoliczności podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji z dnia 24 sierpnia 2022 r. o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i wykonawcy X bez cienia wątpliwości przesądzają, iż między tymi wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, tj. przygotowanie i podpisanie ofert przez tą samą osobę (Pana X) niemalże w tym samym czasie (w odstępie kilku minut), zamiar wykorzystania tych samych zasobów osobowych, pojazdów oraz doświadczenia do realizacji zamówienia, poza tym wykonawcy znali nawzajem swoje oferty przed dniem otwarcia ofert, co dowodzi temu, iż nie zostały one przygotowane niezależnie od siebie. Nie bez znaczenia dla oceny tej sprawy są też bliskie powiązania rodzinne pomiędzy jedynym współnikiem, co zostało wprost przyznane przez Odwołującego, że Pani X jest jego matką. Dodatkową okolicznością wskazującą na bardzo bliskie wzajemne powiązania obydwu przedsiębiorców jest to, że Pan X wpis od odwołania w niniejszej sprawie, które złożył jako właściciel jednoosobowej działalności gospodarczej (...), uiścił bezpośrednio z rachunku bankowego należącego do spółki X. Co więcej, firma jego jednoosobowej działalności gospodarczej cały czas widnieje w nazwie oficjalnego adresu poczty elektronicznej spółki X, który został ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym jako adres do kontaktu. Zdaniem Izby ciężko o bardziej namacalne dowody na sprawowanie kontroli nad innym przedsiębiorcą niż wykorzystywanie w obrocie gospodarczym rachunku bankowego innego przedsiębiorcy do regulowania własnych zobowiązań oraz korzystanie z własnego oficjalnego adresu poczty elektronicznej przy prowadzeniu spraw innego przedsiębiorcy.

41. Wyrok z dnia 24 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2977/22

Rozpoznanie zarzutów, które Izba uznała za uzasadnione, wymagało dokonania oceny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w tym w szczególności zbadania relacji biznesowych pomiędzy przystępującym a wykonawcą X w kontekście przebiegu i wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby pomiędzy przystępującym a wykonawcą X istniało niedozwolone prawem porozumienie, które uzasadnia wykluczenie tychże wykonawców z postępowania i odrzucenie ich ofert. Wynika to z faktu „ustąpienia” zamówienia, polegającego na niezłożeniu wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przez wykonawcę X w sytuacji, gdy oferta przystępującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (po ofercie X), co powodowało, że wykonawcy ci mieli w zasadzie pewność, że przystępujący uzyska zamówienie za cenę znacznie wyższą niż cena wykonawcy X. Nie ulega wątpliwości, że obydwaj wykonawcy ściśle ze sobą współpracują. Świadczy o tym fakt, że prezes zarządu X, Pan Y, posiada pełnomocnictwo udzielone przez Z [członek konsorcjum przystępującego – red.] do podpisywania oświadczenia o udostępnieniu zasobów w imieniu Z. Jako że udzielenie tego rodzaju pełnomocnictwa na rzecz wykonawcy, który prowadzi działalność konkurencyjną, co do zasady musi wynikać z wzajemnego zaufania oraz wiedzy w zakresie działalności mocodawcy, należy założyć, że wykonawców łączą ściśle relacje biznesowe.

Powyższą konstatację wzmacnia fakt, iż Pan Y, na mocy wskazanego wyżej pełnomocnictwa, podpisał oświadczenie o udostępnieniu zasobów [przystępującego – red.] na rzecz wykonawcy X w przedmio-

towym postępowaniu, poprzez oddelegowanie personelu Z do przeprowadzenia wdrożenia systemów cyberbezpieczeństwa. Oznacza to, że Pan Y jest osobą decyzyjną w zakresie dysponowania personelem wykonawcy Z i jednocześnie korzysta z tego zasobu jako zarządzający podmiotem X. W tym kontekście Izba nie dała wiary stanowisku przystępującego, który podnosił, że pełnomocnictwo, które zostało udzielone prezesowi X, jest wyrazem przyjętego przez przystępującego modelu biznesowego i że przystępujący nie ma wiedzy, w jaki sposób pełnomocnik korzysta z udzielonego pełnomocnictwa. Nie sposób przyjąć za racjonalne twierdzenie, iż prezes firmy konkurencyjnej podejmuje decyzje odnoszące się do sfery zasobów innego podmiotu, który również bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i może potrzebować własnych zasobów przy realizacji innych zadań.

Ustalenie charakteru relacji pomiędzy przystępującym a wykonawcą X jest istotne w kontekście okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce po otwarciu ofert. W sytuacji, w której wykonawca X i przystępujący złożyli oferty z cenami niższymi niż oferta odwołującego oraz zaoferowali jednakowy okres gwarancji, dłuższy niż odwołujący, nie ulegało wątpliwości, że ich oferty zajmą dwa pierwsze miejsca. Rezygnacja wykonawcy X z udziału w postępowaniu (bo w taki sposób należy interpretować niezłożenie wyjaśnień zaoferowanej ceny) było równoznaczne z udzieleniem zamówienia drugiemu w kolejności przystępującemu, za cenę ponad 160 tys. wyższą od ceny najkorzystniejszej ofert.

Wskazane wyżej okoliczności faktyczne należało ocenić w kontekście decyzji UOKiK nr RKR - 10/2016 z dnia 30 listopada 2016 r., zgodnie z którą uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sytuację, w której jeden z wykonawców wycofał swoją ofertę dopiero w chwili, gdy miał pewność, że następną w klasyfikacji ofertą, jaka może zostać wybrana przez zamawiającego jest oferta wykonawcy z nim współpracującego. (...) Jak wynika z powyżej przywołanych decyzji, ocena, czy w danej sprawie mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem wykonawców, winna uwzględniać całokształt okoliczności sprawy, w tym także sytuacje, jakie miały miejsce po otwarciu ofert. Na tej zasadzie, niezłożenie przez wykonawcę X wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w opisanych powyżej okolicznościach, świadczy o istnieniu między przystępującym i wykonawcą X niedozwolonego porozumienia.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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. W myśl art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W ocenie Izby stan faktyczny rozpoznawanej sprawy wypełnia przesłanki wskazane wyżej, co uzasadnia nakazanie wykluczenia oferty przystępującego oraz wykonawcy X na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. i odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego, zmowy przetargowe mogą być traktowane również jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., co czyni zasadnym zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zmowy przetargowe, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w sposób ewidentny stwarzają zagrożenie dla interesów innych uczestników obrotu gospodarczego, albowiem wymierzone są w konkurencję jako obszar rywalizacji przedsiębiorców w sposób możliwie efektywny (wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 121 7/98). Potwierdzeniem tego stanowiska są wyroki Krajowej Izby Od-

woławczej z 3 stycznia 2012 r. oraz 20 czerwca 2013 r., w których stwierdzono, iż praktyką naruszającą uczciwą konkurencję jest „zmowa przetargowa” w rozumieniu przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta (wyrok KIO z 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2709/11 oraz wyrok KIO 20 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1353/2013). W tym miejscu podkreślić należy, że (...) dla stwierdzenia wystąpienia zmowy wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa, że zachowania rynkowe przedsiębiorców mogą świadczyć o zawarciu zmowy, na podstawie rezultatów i skutków działań z uwzględnieniem okoliczności sprawy (wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1353/2013). Oznacza to, że nie jest uzasadnione, a tym bardziej konieczne przedstawienie dowodów bezpośrednich potwierdzających fakt zawarcia zmowy przetargowej, które przeważnie są niemożliwe do uzyskania, względnie których uzyskanie jest możliwe jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa (wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13, wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06).

42. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2960/22

W okolicznościach tej sprawy w odniesieniu do X ziściły się przesłanki, określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania (...).

Niesporne pomiędzy stronami okoliczności dotyczące zawierania przez X porozumień z innymi przedsiębiorcami w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Austrii, których celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku budowanym, zostały jednoznacznie stwierdzone w decyzji Sądu Antymonopolowego, przyjętej kwalifikacji prawnej oraz zostały przyznane przez sam ten podmiot w toku postępowania przed AFCA.

Wydanie wobec X decyzji o uznaniu, że działał on w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary finansowej potwierdza, że wykonawca zawierał wielokrotnie z innymi wykonawcami porozumienia (kartel) mające na celu zakłócenie konkurencji. Stwierdzenie powyższych okoliczności nie było możliwe w czasie gdy czyny te miały miejsce ani też w późniejszym czasie, gdy wszczęto postępowanie przed AFCA, bowiem postępowanie to toczy się ze znacznym ograniczeniem jawności. Jak wynika z dokumentów JEDZ składanych przez X w postępowaniach w latach 2019 – 2021 wykonawca, biorąc udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie przekazywał zamawiającym stosownych informacji odnośnie trwającej procedury mającej na celu wyjaśnienie tej sprawy przez uprawnione organy. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że możliwe było pozyskanie w tym czasie wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że ww. wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, zanim zapadła decyzja Sądu o stwierdzonych naruszeniach i nałożeniu kary finansowej na ten podmiot.

W danym stanie faktycznym, wiarygodną przesłanką do stwierdzenia, że X zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, jest informacja o stwierdzeniu takich naruszeń przez Sąd Antymonopolowy w decyzji z dnia 21 października 2022 r. Wobec powyższego wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Konsorcjum Y podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum Y z udziałem X podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do twierdzeń podniesionych przez Przystępującego, iż moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowią naruszenia przez X § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017 r. Izba zważyła, jak poniżej:

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że w odniesieniu do zdarzenia, z którego Odwołujący usiłuje wywodzić skutki prawne upłynął już 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, bowiem naruszenia przez X § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU nastąpiło w okresie od lipca 2002 do października 2017 r. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten ogranicza zatem możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu - wyznacza maksymalny okres, w jakim może nastąpić

wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia wystąpiła. Przepis powyższy wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg - którym jest zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W ocenie Izby, interpretacja pojęcia „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy. Słusznie zauważył Przystępujący, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Należy jednak założyć, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyroku przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. Należy mieć przy tym na uwadze, że w przypadku tych przesłanek wykluczenia konieczne jest oparcie się przez zamawiającego na obiektywnych i wiarygodnych środkach dowodowych, a nie są wystarczające niepotwierdzone informacje pozyskane z niewiarygodnych źródeł.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy określony wyrok lub decyzja zapadły w danej sprawie o naruszenie konkurencji, to stanowi to niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy. Zdarzeniem w takim przypadku w rozumieniu art. 111 ust. 4 Pzp jest stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd. Zauważyć należy, że powyższe stanowisko nie jest sprzeczne z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE wskazującym, że stwierdzenie wykroczenia zawodowego nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej (tak: wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, pkt 28, ECLI:EU:C:2012:801), sama decyzja krajowego organu stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot (postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), pkt 32).

(...) Wskazać też należy, że niesporne jest w sprawie, że X przystąpił dobrowolnie do programu łagodzenia kar, ze wszystkimi tego konsekwencjami, jednak nie sposób jednocześnie przyjąć, że to właśnie od tego momentu należy liczyć trzyletni okres, w którym wykonawca mógł podlegać wykluczeniu. Podkreślić należy, że informacje o toczącej się sprawie nie były publicznie dostępne, a sam wykonawca, startując w przetargach, również nie informował zamawiających o tych okolicznościach. Nie można zatem przyjąć, że w czasie toczącego się postępowania (...) „konsumuje się” okres, w którym wykonawca powinien podlegać wykluczeniu. Brak dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i zaniechanie przez wykonawcę rzetelnego przekazania takiej informacji zamawiającym, uniemożliwia bowiem realne zastosowanie sankcji wykluczenia za utratę wiarygodności i bezprawne działania wykonawcy. Przystępujący nie wykazał, aby w rzeczonym okresie, startując w przetargach takie transparentne działania podejmował.

Art. 108 ust. 1 pkt 6

43. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 560/22

Bezsporną jest okoliczność, że wykonawca X sporządził dokumentację projektową, która została wykorzystana w ramach postępowania prowadzonego obecnie przez zamawiającego (...) W ocenie składu orzekającego Izby należy zgodzić się z odwołującym, że zaangażowanie wykonawcy X w przygotowanie przedmiotowego postępowania spowodowało zakłócenie konkurencji w postępowaniu, co nie zostało wyeliminowane przez środki podjęte przez zamawiającego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały wykonawcom udostępnione kosztorysy inwestorskie. Wykonawcy konkurowali w postępowaniu wyłącznie ceną, albowiem stanowiła ona jedyne kryterium oceny ofert. Zamówienie miało zostać udzielone temu wykonawcy, który przedstawi najniższą cenę za jego realizację. Wiedza zawarta w kosztorysach inwestorskich dawała wykonawcy X istotną przewagę konkurencyjną, umożliwia-

jąc mu ustalenie ceny z jednej strony dla niego korzystnej (opłacalnej, zapewniającej odpowiedni poziom zysku), a z drugiej dającej większe szanse na zdobycie zamówienia (niższej od innych wykonawców). Oczywistym jest, że taka wiedza nie gwarantuje wykonawcy uzyskania zamówienia, jednakże znacząco zwiększa jego szanse, zaburzając tym samym konkurencję w postępowaniu.

44. Wyrok z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3147/22

W ocenie Izby zatem oznacza to, że aby wykluczyć wykonawcę (odrzuć jego ofertę) na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy musi dojść do zakłócenia konkurencji będącego skutkiem wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy, a temu zakłóceniu nie można było zapobiec w inny sposób. W badanej sprawie odwołujący twierdzi, że wykonawca wybrany z racji swojego wcześniejszego zaangażowania uzyskał informacje, które pozwały mu na złożenie lepszej oferty, a odwołujący nie dysponując tymi informacjami takiej oferty nie był w stanie złożyć. Odwołujący wskazuje jedynie o jakie informacje jego zdaniem chodzi (...), nie wskazując jednak w jaki sposób te informacje przełożyły się na możliwość złożenia oferty w tym postępowaniu czy na konkurencyjność ofert. Zamawiający zaś kwestionował przewagę konkurencyjną wykonawcy wybranego wynikającą z tych informacji wskazując, że dane o przeszkodach lotniczych są powszechnie dostępne i były możliwe do pozyskania przez każdego wykonawcę, a wykaz terenów własnościowych przy jednoznacznie przez zamawiającego określonych lokalizacji, kształcie, wymiarach budynków terminala i elementach zagospodarowania terenu nie miało znaczenia dla sporządzenia oferty konkurencyjnej.

Izba wzięła także pod uwagę, że wynik pracy wykonawcy wybranego został wykonawcom udostępniony, a zamawiający przewidział dłuższy od wymaganego ustawą (art. 283 ustawy) termin składania ofert. Zamawiający wyjaśnił też, że to co nie zostało wykonawcom udostępnione to analiza możliwości lokalizacji inwestycji w innym miejscu, na którą ostatecznie zamawiający się nie zdecydował. Odwołujący rezygnując z udziału w rozprawie nie skorzystał z możliwości odniesienia się do argumentacji zamawiającego, w szczególności do faktu, że za przygotowanie i sporządzenie przedmiotu zamówienia odpowiedzialny był (...), a rola wykonawcy wybranego miała charakter odtwórczy polegający na architektonicznym zwizualizowaniu oczekiwań zamawiającego, nie przedstawił też dowodów na poparcie twierdzenia, że w wyniku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy wybranego doszło do zakłócenia konkurencyjności. Odwołujący wiedział o tym, że (...) opracowywała opis przedmiotu zamówienia i decydowała o doborze dokumentów udostępnianych wykonawcom, a także o tym, że udział wykonawcy wybranego nie miał charakteru bezpośredniego, ale nie podjął polemiki z tą argumentacją zamawiającego.

Art. 109 ust. 1

45. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22

Podkreślić należy, iż podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp stanowią przesłanki fakultatywne, o czym świadczy użycie w ww. przepisie zwrotu „zamawiający może wykluczyć wykonawcę.” Zamawiający jest tym samym uprawniony do badania sytuacji podmiotowej wykonawców w szerszym zakresie niż obligatoryjny, wynikający z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie jest do tego zobowiązany. Jeżeli jednak Zamawiający zdecyduje się przewidzieć wykluczenie wykonawcy na podstawie którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w ww. przepisie, to zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp musi wskazać te podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Powyższy obowiązek informacyjny jest bardzo istotny, ponieważ określenie zasad wykluczania z postępowania nierzetelnych wykonawców, jako niosące za sobą dla nich daleko idącą sankcję, musi nastąpić w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Jeżeli Zamawiający nie przewidzi określonej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, to nie może wykonawcy wykluczyć, nawet gdyby spełniły się przesłanki określone w danym punkcie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 109 ust. 1 pkt 1

46. Wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1238/22

Przypomnieć należy, że zgodnie z § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Wskazać również należy, że przedstawione przez przystępującego zaświadczenie zostało wydane na jego wniosek (jako płatnika), na podstawie art. 50 ust. 4 i art. 123 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423 z późn. zm.) - dalej: „ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych”, co wynika wprost z treści tego dokumentu. Do przedmiotowego zaświadczenia zastosowanie znajduje wobec powyższego przepis art. 50 ust. 4a - 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Zgodnie z art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. Z kolei wydruki takie, zgodnie z art. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie. Na mocy ust. 4b Zakład umożliwia weryfikację zaświadczenia lub decyzji, o których mowa w ust. 4a, przez udostępnioną przez niego stronę internetową, po podaniu: danych identyfikujących zaświadczenie albo decyzję; typu identyfikatora płatnika składek i jego numeru; daty wydania zaświadczenia lub decyzji.

Jak ustaliła Izba, na podstawie akt sprawy, załączone do oferty przystępującego zaświadczenie zawiera wszystkie informacje, umożliwiające weryfikację wydanego zaświadczenia tj. dane identyfikujące zaświadczenie (numer zaświadczenia: ...); typ i numer identyfikatora płatnika (NIP ... i REGON ...); datę wydania zaświadczenia (2022-03-08). Jak oświadczył zamawiający na rozprawie, dokonał on weryfikacji wydanego dokumentu w zakresie, w jakim umożliwia to przepis art. 50 ust. 4b ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Z kolei odwołujący, uzasadniając zasadność podnoszonych zarzutów, nie kwestionował prawdziwości danych w nim zawartych.

W zakresie odnoszącym się do formy złożonego dokumentu, rozstrzygające w ocenie Izby znaczenie, mają cytowane wyżej przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, które decydują o tym, że zaświadczenie złożone przez przystępującego (wydruk) ma moc zrównaną z mocą dokumentu wydanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że przekazane zaświadczenie, co do formy, nie jest zgodne z § 6 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, gdyż powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym pracownika Zakładu - X. Jak wyjaśniał zamawiający, co też zaprezentował na rozprawie na przykładowym koncie przedsiębiorcy, zaświadczenie potwierdzające, iż wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne wydawane jest przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych za pośrednictwem Indywidualnego konta w portalu informa-

tycznym udostępnionym przez ZUS (www.zus.pl/portal). Przedsiębiorca wnioskujący o takie zaświadczenie nie otrzymuje go bezpośrednio, a jedynie jest mu on udostępniany w zakładce „skrzynka odbiorcza”.

Po wejściu do zawartości skrzynki widoczna jest lista dokumentów przygotowanych przez ZUS, gdzie przy każdym dokumencie wybrać można opcję „szczegóły”. Po naciśnięciu przycisku „szczegóły” wyświetlają się dane dokumentu, załączniki jeśli występują oraz opcja „przełóż dokument”. Po naciśnięciu „przełóż dokument” na ekranie wyświetla się treść samego dokumentu wystawionego przez ZUS (dokładnie taki sam, jaki X przekazało zamawiającemu). U dołu przedmiotowego zaświadczenia do wyboru pozostaje opcja „zamknij” oraz „drukuj”. Po wybraniu opcji „drukuj” można dokument wydrukować lub zapisać np. w formacie pdf. Dodatkowo w instrukcji zamieszczonej w omawianym portalu, w zakładce „Korzystanie z portalu” znajduje się informacja pod nazwą „zapisanie informacji na dysk”, gdzie ZUS wskazuje, iż „Użytkownik ma możliwość wyboru formatu, w którym plik ma być zapisany. Dostępne są formaty XLS, XML, CSV, TXT oraz PDF”. Skoro zatem X, po zapoznaniu się z treścią dokumentu zamieszczonego na portalu ZUS, dokonało jego zapisu w jednym z dopuszczalnych w instrukcji formatów (pdf), a następnie przekazało zamawiającemu ten dokument, to nie sposób podzielić zarzutu odwołującego, iż wykonawca przekazał, a zamawiający bezpodstawnie uznał za prawidłowy, dokument przekazany w niewłaściwej formie, albowiem przystępujący przekazał go w formie takiej, w jakiej został mu udostępniony.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu złożenie przez X wydruku dokumentu e-ZUS, potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jest poprawne.

Art. 109 ust. 1 pkt 5

47. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2960/22

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W wyrokach z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27), oraz z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35), Trybunał wyjaśnił, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego, jego integralność lub niezawodność, oraz że popełnienie wykroczenia konkurencyjnego, w szczególności wówczas gdy owo wykroczenie zostało ukarane grzywną, stanowi powód wykluczenia objęty art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Zatem, pojęcie „poważne wykroczenie” należy rozumieć jako odnoszące się zazwyczaj do zachowania danego podmiotu gospodarczego, które wykazuje zawiniony zamiar lub zaniedbanie z jego strony o określonej wadze (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 30). W wyroku tym Trybunał wskazał również, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponieważ stwierdzenie takiego wykroczenia nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej, decyzja krajowego organu ochrony konkurencji stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może z całą pewnością stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot. W ten sposób popełnienie naruszenia reguł konkurencji, w szczególności, gdy naruszenie to jest karane karą grzywny, stanowi podstawę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35).

Naruszenie reguł konkurencji wypełnia zatem przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W orzeczeniu TSUE z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) Trybunał potwierdził jednoznacznie, że naruszenie reguł konkurencji wypełnia przesłanki podstawy wykluczenia związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Niewątpliwie nałożenie na przedsiębiorstwo grzywny z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji stanowi ww. poważne wykroczenie zawodowe, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu

gospodarczego. (...)

48. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3436/22, KIO 3445/22

Utrwalony zapis czynności, do jakich dochodziło na terenie bazy X, podważa zaufanie do Wykonawcy i jego uczciwości. Działanie polegające na dosypywaniu odpadów, które nie były odbierane od Zamawiającego, ale trafiały z nimi na teren instalacji, za co płacił Zamawiający, stanowią o rażącym naruszeniu obowiązków zawodowych, prowadząc do nienależytego wykonywania przekazanej do wykonania podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia. Jako poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych było również mieszanie odpadów w trakcie załadunku, a w szczególności zużytych opon, które podlegają innym procesom zagospodarowania, niż odpady komunalne. Powyższe czyniło zasadnym wykluczenie Wykonawcy z postępowania.

Art. 109 ust. 1 pkt 7

49. Wyrok z dnia 10 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 473/22

W ocenie Izby, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że Odwołujący w znacznym stopniu/zakresie nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Zamawiającym (...), co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego oraz wykonania zastępczego, które to okoliczności nie były sporne między Stronami (...) przesłanką, którą należy rozważyć, jest, czy powyższe rozwiązanie umowy nastąpiło „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Przesłanka ta rzeczywiście nie jest równoznaczna przesłance winy wykonawcy, bowiem obejmuje nie tylko zawinienie wykonawcy, ale także inne, niezawinione, okoliczności występujące po jego stronie, więc od niej szerszą. Nadal jednak muszą one odnosić się do wykonawcy.

W niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Izby, przyczyn niewykonania umowy nie można określić jako „leżących po stronie wykonawcy” (Odwołującego), lecz jako przyczyny mieszane, związane nie tyle z samym wykonawcą (Odwołującym), ale głównie z warunkami zewnętrznymi i od niego niezależnymi, tj. wysokim i nieprzewidzianym wzrostem cen dostarczanych artykułów ponad poziom, który przewiduje się w normalnych stosunkach gospodarczych i który nie był zakładany na początku i przez większość roku 2021. Odbiegał też znacząco od sytuacji gospodarczej w Polsce, Europie i na świecie w ciągu ostatnich kilku czy kilkunastu lat. Dlatego, w ocenie Izby, zaistniałych okoliczności dotyczących bardzo dużego wzrostu cen na rynku, które spowodowały niemożność podźwignięcia przez Odwołującego skutków ekonomicznych pokrycia różnicy pomiędzy cenami umownymi a realnymi cenami zakupu przez niego produktów, które miały być dostarczone Zamawiającemu, czyli prowadzenia działalności ze stratą, nie można uznać za wchodzące w zakres „przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy”. Izba wzięła też pod uwagę zachowanie Odwołującego zmierzające do realizacji umowy, nawet jeśli na zmienionych warunkach oraz długotrwałe próby negocjacji z Zamawiającym – nawet jeśli propozycje te nie zostały przyjęte przez Zamawiającego, jak też Strony nie doszły do porozumienia co do zmiany umowy lub alternatywnych sposobów jej realizacji. Tym samym, w ocenie Izby, nie zostały w pełni ziszczone przesłanki opisane w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

50. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3448/22

Patrząc w kontekście wysokości nałożonych kar umownych przez Gminę X i na wysokość, na jaką opiewa ww. umowa, Izba doszła do przekonania, że kary nałożone przez Gminę X mają charakter marginalny i pomijalny, nie powodując uszczerbienia majątku gminy, na co wskazywał również Przystępujący na rozprawie. Izba wskazuje, że podstawą do naliczenia powyższych kar umownych było niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych na terenie Gminy X w terminie zgod-

nym z harmonogramem odbioru, co nie oznacza, w ocenie Izby, że sam fakt nałożenia kar umownych na Przystępującego automatycznie powoduje, że umowa realizowana jest nienależycie (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3090/20). Izba zważa, że zgodnie z pismem Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 listopada 2022 r. pn. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ”, wynika, że „nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary - w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych - mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego. Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania”. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w znacznym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (...) a jednostkowe przypadki odbioru odpadów niezgodnie z harmonogramem nie mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Kary umowne naliczone przez Gminę X nie miały charakteru odszkodowawczego, ponieważ po stronie Gminy X nie wystąpiła żadna szkoda o charakterze majątkowym, tj. nie doszło do uszczuplenia majątku gminy.

51. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3436/22, KIO 3445/22

Na tle zawistego sporu powstało zagadnienie prawne wymagające rozważenia w odniesieniu do sytuacji wykonawcy zamówienia publicznego, który powierzył wykonanie tego zamówienia w całości podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, za których działania odpowiada przed Zamawiającym na podstawie art. 462 ust. 8 Ustawy. Należało w niniejszej sprawie rozstrzygnąć, czy odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy oznacza, iż wykonawca ponieść może konsekwencje o charakterze sankcyjnym w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jeżeli przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania leżą wyłącznie po stronie podwykonawcy. Pomocnym, dla tych rozważań może być stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, wyrażone w wyroku z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 71/22, na potrzeby ustalenia, czy zobowiązanie do zapłaty kary umownej przez konsorcjum oznacza brak konieczności wskazania konkretnego członka konsorcjum, który doprowadził do niewykonania lub długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania, dla zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Według Sądu, fakt, iż wykonawca jest częścią konsorcjum realizującego przedmiot zamówienia publicznego, zobowiązanego do zapłacenia kary umownej ze względu na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie oznacza jeszcze, że niewykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn leżących po stronie tego konkretnego członka konsorcjum. Dalej Sąd wskazał na obowiązek zamawiającego do dogłębnego przeanalizowania sprawy i wykazania, że wykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego wynikające z wcześniejszej umowy, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Z uwagi na potrzebę badania przyczyn, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak również wskazania tego, kto za te przyczyny odpowiada, należy uznać, iż nie można z automatu, przez samo powołanie się na odpowiedzialność wykonawcy za należyte wykonania zamówienia powierzonego podwykonawcy, stwierdzić, że za przyczyny, które prowadziły do naruszenia zobowiązania odpowiada wykonawca. Jednocześnie należy podkreślić, iż odpowiedzialność wykonawcy za podwykonawcę na gruncie przepisu art. 462 ust. 8 Ustawy ma charakter odpowiedzialności kontraktowej, z której wykonawca nie może się zwolnić z powołaniem się na fakt braku osobistego działania, co wynika z kodeksowej regulacji odpowiedzialności kontraktowej objętej art. 474 k.c. Odpowiedzialność ta kształtowana jest na zasadzie ryzyka i nie można się z niej zwolnić, nawet wykazując, że wykonanie umowy powierzono profesjonalście. Tymczasem, jak wskazano w przywołanym wyroku Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją

karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane. Sankcja wykluczenia z postępowania, która na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy rozciąga się w czasie na okres 3 lat od zdarzenia, wykracza poza odpowiedzialność kontraktową wykonawcy, w tym odpowiedzialność odszkodowawczą wobec zamawiającego. Podzielając w tym zakresie stanowisko Odwołującego należy wskazać za Odwołującym, iż ewentualna chęć stosowania art. 462 ust. 8 Ustawy, czy też art. 474 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, które określają zakres i zasady ponoszenia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy w przedmiocie udzielonego zamówienia, jako przepisy przewidujące możliwość egzekwowania od wykonawcy roszczeń stricte cywilnych z tytułu nieprawidłowości w realizacji kontraktu, nie mogą być wprost odnoszone do oceny osoby wykonawcy z punktu widzenia podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Ustawy. Oznacza to, iż po stronie zamawiającego, w sytuacji gdy przyczyna nienależytego wykonania umowy leżała po stronie podwykonawcy, spoczywał obowiązek uwzględnienia tej okoliczności i zbadania, czy i w jakim stopniu również wykonawca mógł mieć swój udział. Nie można w sposób automatyczny przenosić tych przyczyn także na głównego wykonawcę, bez wcześniejszego ustalenia, iż zdarzenia, które wystąpiły po stronie podwykonawcy wynikały z przyczyn leżących także po stronie głównego wykonawcy. (...) W badanej sprawie nie zostało przez Zamawiającego wykazane, iż za naruszenie obowiązków zawodowych innego samodzielnego podmiotu, można obarczyć odpowiedzialnością traktowaną, jako „sankcyjną”, czy też „administracyjną” wykonawcę głównego zamówienia. Do takiego wykazania koniecznym byłoby poczynienie takich ustaleń, które pozwoliłyby na stwierdzenie, iż przyczyny nienależytego wykonania zamówienia, które prowadziły do naruszenia zobowiązania umownego, spoczywały również po stronie głównego wykonawcy. W świetle powyższego skład orzekający uznał, iż Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy wykluczając Wykonawcę X z postępowania w oparciu o ustalone przyczyny poważnego naruszenia zobowiązania umownego, które obciążały jego podwykonawcę.

52. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3517/22

(...) zamawiający, który przewidział w dokumentach postępowania (SWZ) fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy musi mieć na uwadze, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy, charakter powstałych naruszeń, jego wpływ na realizację zamówienia jak i wagę tego naruszenia. Jak wynika z akt postępowania, odwołujący w ramach poprzedniego postępowania podpisał z zamawiającym pięć odrębnych umów na świadczenie usług sprzątnia. W ramach czterech z nich zamawiający nie miał zastrzeżeń co do prawidłowości ich wykonywania, co potwierdzają protokoły odbioru prac (dowód nr 1 złożony na rozprawie przez odwołującego). W zakresie jednej z umów, która dotyczyła usług sprzątnia na dwóch adresach zamawiającego, względem jednego z nich (...), zamawiający stwierdził niewłaściwe wykonywanie usług, co w konsekwencji stanowiło podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy oraz naliczeniem odpowiednich kar umownych. Odwołujący kwestionował czynność zamawiającego dotyczącą odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych. (...) W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej naruszenia jakich, zdaniem zamawiającego, dopuścił się odwołujący nie mogą być uznane za takie, które skutkują wykluczeniem odwołującego i odrzuceniem jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż skutek naruszeń (które odwołujący kwestionuje), jakie wystąpiły przy realizacji jednej części z dwóch w ramach jednej umowy, nie mogą powodować uznania, że odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. Przyjąć należy, że jeżeli nawet odwołujący w zakresie części jednej umowy (było zawartych pięć umów) realizował ją w sposób nieprawidłowy, to przyjmując zasadę proporcjonalności, niemożliwe jest obciążanie odpowiedzialnością wykonawcy na przyszłe postępowania w stopniu większym niż regulują to omawiane przepisy (art. 109 ust. 3 ustawy Pzp). Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż ewentualny delikt odwołującego powstały w ramach części jednej umowy o nieznacznym charakterze daje podstawę do rozciągnięcia odpowiedzialności wykonawcy na przyszłe postępowania w całości, tym bardziej, że działanie takie niesie za sobą daleko idące konsekwencje, wynikające chociażby z przepisu art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy na okres 3 lat od zaistnienia

zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Sankcyjny charakter czynności zamawiającego ma zatem niebagatelny wpływ na działalność gospodarczą przedsiębiorcy, wobec czego powinien być bardzo dokładnie zbadany i udowodniony, tzn. zamawiający winien dokonać czynności poprzedzających odstąpienie od umowy w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. (...) Izba podkreśla, że sankcyjny charakter przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinien być poprzedzony analizą przesłanek przewidzianych przepisem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. W przeciwnym razie, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający de facto wykluczył wykonawcę z postępowania za ostatecznie niewykazane wady dotyczące realizacji poprzedniej umowy z sankcją na możliwe realizacje innych umów w ramach przyszłych zamówień publicznych i to na okres 3 lat.

Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10

53. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 449/22

(...) w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją” (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19).

Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana – po zaznaczeniu odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Takie działanie jest stałą praktyką rynkową (...) Udzielenie odpowiedzi „tak” otwiera drogę do rzetelnego badania zdolności podmiotowej co do okoliczności, które należy zweryfikować w ramach podstawy wykluczenia. Dokument JEDZ jest uniwersalnym oświadczeniem i nie ma przyzwolenia na podawanie w nim informacji wprowadzających w błąd, omawiane pytanie jest proste i daje zamawiającemu podstawę do rzetelnej weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy (...) Przywołanie w odwołaniu okoliczności, iż strony umowy znajdują się w sporze sądowym nie stanowi dowodu na nic więcej niż na fakt, że w omawianym zakresie zaistniał spór, tzn. stanowiska stron umowy są rozbieżne – zamawiający uważa, że kara była należna, a wykonawca, że nie. Fakt istnienia sporu nie przesądza również o tym, kto ma w nim rację. (...)

W ocenie Izby odwołujący – który wiedział, że znajduje się w sporze z zamawiającym, który naliczył mu niebagatelną karę umowną w wysokości niemal dziewięciu milionów złotych za nienależyte wykonanie umowy w zakresie terminowości i nie uznał wniesionego przeciwko niemu powództwa – nie mógł obiektywnie twierdzić, a nawet przypuszczać, że naliczona kara pozostaje bez znaczenia dla oceny przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ (...) jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia – także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu (...)

Nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że odrzucenie odwołującego z postępowania ma charakter przedwczesny, i że zamawiający powinien prowadzić dalsze działania celem wyjaśnienia problemów z realizacjami wcześniejszych kontraktów. (...) Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego wyko-

nawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), a jego ofertę należy odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.). Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji. Przy tym podstawa eliminacji odwołującego z postępowania, czyli art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę” czy „pełniejsze wyjaśnienie” swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte.

54. Wyrok z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 416/22

Należy podkreślić w tym zakresie, że pierwsza z przesłanek tj. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością rozumiana w orzecznictwie jest jako informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) polegająca na złożeniu przez wykonawcę oświadczenia, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Jakiegokolwiek nieprawidłowości w składanych dokumentach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obciążają wykonawcę, który je składa. Biorąc zatem „odpowiedzialność” za przedstawiane dokumenty, w tym też te przedstawiane na wezwanie Zamawiającego do składania wyjaśnień, wykonawca nie może „zastaniać” się niewiedzą czy brakiem odpowiedzialności za przedstawione dane lub ich zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (...)

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością. Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku stanowiła „informację nieprawdziwą” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) przy braku definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. Izba powołuje w tym miejscu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, 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”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Tym samym podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców.

55. Wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1504/22

Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego, co wynikało zarówno z treści pisma informującego go o podjęciu powyższej decyzji, jak też z pisma procesowego oraz stanowiska prezentowanego na rozprawie przychylił się w tym zakresie do poglądu, zgodnie z którym zakres stosowania normy winien być interpretowany szeroko. W praktyce oznacza to tyle, że hipotezą przedmiotowej normy należy objąć także te sytuacje, w których zamawiający nie podjął, na podstawie przekazanych mu nieprawdziwych informacji, jakichkolwiek decyzji, a wystarczającym jest samo ich przekazanie.

Drugi z poglądów, za którym opowiada się skład orzekający w przedmiotowej sprawie, koncentruje się na kwestiach czy i w jaki sposób przedstawiane przez wykonawcę informacje, czy to dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też w zakresie oceny w ramach kryterium oceny ofert, mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nim, w okolicznościach danej sprawy każdorazowo należy ustalić, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. Z kolei aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd decyzję inną, niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Dokonując oceny istotności wpływu nie można bowiem abstrahować od wpływu na wynik postępowania, w czym przejawia się jego kwalifikowany charakter. Do takich wniosków prowadzą zarówno racje wykładni literalnej, jak też pro unijna wykładnia tej regulacji. Ustawa Pzp stanowi bowiem implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 57 tejże Dyrektywy Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. W konsekwencji również interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd”. Jak trafnie zauważył odwołujący, wykładni tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem 101 uwagi wprowadzającej do Dyrektywy, zgodnie z którą, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Co więcej, nie można w taki sposób odczytywać poszczególnych postanowień SWZ, aby stracić z pola widzenia tego, jaki jest naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść przepisów ustawy Pzp, a celem tym jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przekładając powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy, należy zatem wziąć pod uwagę, że jak wynika z brzmienia SWZ, wykonawca mógł otrzymać punkty w przypadku, gdy osoba wskazana przez niego na stanowisko projektanta drogowego realizowała dokumentację spełniającą łączne wszystkie poniższe warunki: (...) Jeśli z kolei porównamy dane, podane w odniesieniu do zadania 3, które pierwotnie błędne, zostały następnie przez odwołującego skorygowane, to niezależnie które z informacji weźmie się pod uwagę - zadanie to spełnia warunki określone w SWZ. Zamawiający podjąłby zatem taką samą decyzję w postępowaniu niezależnie, czy przedstawione dane zostały podane błędnie, czy też na podstawie danych po ich korekcie. Co jednak kluczowe w każdym przypadku wykonawca, w ramach kryterium oceny ofert, otrzymałby taką samą liczbę punktów. W konsekwencji w omawianej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy omyłkowo podana w formularzu część danych, odnoszących się do długości drogi oraz daty opracowania dokumentacji, pozostawała bez istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zadanie 3, które jest podstawą wykluczenia, spełnia wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego, a skoro tak nie można twierdzić, że błędne podanie w formularzu danych dla tego zadania wpływa w sposób istotny na decyzje podejmowane w postępowaniu. W konsekwencji brak jest zatem elementu w postaci istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i nie sposób stwierdzić, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109

56. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1854/22

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że działanie powyższe stanowiło przejaw niedbalstwa i lekkomyślności ze strony Odwołującego. Odwołujący decydując się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien dokładnie zweryfikować, czy podmiot ten rzeczywiście dysponuje deklarowanym doświadczeniem. Z dowodów złożonych przez Odwołującego jasno wynika, że poprzestał on jedynie na rozmowach z pracownikami spółki oraz treści przekazanych mu przez ten podmiot referencji. Jak wiadomo sama treść referencji nie jest wystarczająca do ustalenia faktycznego zakresu zadania zrealizowanego przez określony podmiot – ich rolą jest jedynie potwierdzenie należytej realizacji danego przedmiotu zamówienia. Inwestor wystawiający referencje na rzecz wykonawcy nie ma obowiązku szczegółowego wymieniania czynności zrealizowanych przez tego wykonawcę. Powszechną praktyką jest wystawianie referencji, których treść sprowadza się do ogólnikowego potwierdzenia należytej realizacji inwestycji o określonej nazwie. Z tego względu, dla zbadania faktycznego doświadczenia wykonawcy niezbędne jest zweryfikowanie rzeczywistego zakresu zrealizowanych przez niego czynności w ramach zadania. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zaniechał takiego badania. Dlatego też zasadnym było przypisanie mu przez Zamawiającego lekkomyślności i niedbalstwa. W ocenie Izby Odwołujący oparł się bardziej na wierze w informacje przekazane mu przez spółkę X niż na ich należytej i krytycznej ocenie. Nie ma w tej sytuacji znaczenia, że intencją Odwołującego nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd czy też przekazanie mu nieprawdziwych informacji – dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp istotne jest wystąpienie wskazanego w tych przepisach skutku. Odwołujący nie zapobiegł temu skutkowi, mimo, że przy zachowaniu należytej staranności byłby w stanie to zrobić.

57. Wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2960/22

Mając na uwadze stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie, w ocenie Izby, należy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu X był zobowiązany notyfikować okoliczności związane ze stwierdzonymi przez Sąd Antymonopolowy w Wiedniu naruszeniami w dokumencie JEDZ złożonym w ofercie. Wykonawca X, pomimo znacznej skali i powagi czynu, którego się dopuścił, nie poinformował Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o powyższych okolicznościach. Zauważyć należy, że JEDZ jest dokumentem kategorycznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia zamawiającemu za jego pomocą.

W przypadku zaznaczenia „NIE” wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie” i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy ww. pytanie JEDZ. Nie sposób uznać, że ww. wykonawca nie zdawał sobie sprawy z obowiązku, który wynika z udziału w przetargu publicznym co do złożenia w dokumencie JEDZ rzetelnego oświadczenia o braku wystąpienia okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia lub do uruchomienia procedury „samooczyszczenia”. Spółka X bez wątplenia zdaje sobie bowiem sprawę z ciężaru czynu, jakiego się dopuściła, oraz jego skutków. Wykonawca jest profesjonalistą, a mimo to zataił informacje o decyzji Sądu Antymonopolowego i postępowaniu, jakie się wobec niego toczyło od 2019 r. X, nie informując Zamawiającego o ważnych okolicznościach dotyczących stwierdzonych naruszeń prawa, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę danych okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia wykonawcy. X nie wypełnił swojego obowiązku, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd, czego wyrazem w niniejszej sprawie była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że oświadczenie złożone przez X w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż po stronie X doszło do naruszenia obowiązków zawodowych oraz stwierdzono zawarcie stosownego porozumienia naruszającego konkurencję, co wynika wprost z decyzji Sądu Antymonopolowego z dnia

(...) r. Tymczasem wykonawca zaprzeczył aby takie naruszenia w ogóle miały miejsce. W ten sposób X wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie stosownych informacji. Okoliczności tej sprawy wskazują, że nastąpiło to co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Rażące niedbalstwo rozumiane jest w orzecznictwie, jako naruszenie elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności (zob. wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. sygn. akt II CK 142/03). Trudno przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji.

Art. 110 ust. 1

58. Wyrok z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 49/22

Izba stoi na stanowisku, że dokument JEDZ jest dokumentem uniwersalnym dostosowanym do postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w każdym z państw członkowskich. Tym samym nie można bez uwzględnienia brzmienia przepisów prawa krajowego implementującego prawa wspólnotowe ocenić udzielonych w jego treści odpowiedzi (oczywiście pod warunkiem, że nie są sprzeczne z postanowieniami prawa wspólnotowego).

(...) Izba wzięła też pod uwagę, że zamawiający istnienie bądź nieistnienie przesłanek wykluczenia ma badać na każdym etapie postępowania, o czym wprost stanowi art. 110 ustawy, co więcej JEDZ jest tymczasowym podmiotowym środkiem dowodowym i jeśli zamawiający poweźmie wątpliwości, co do jego aktualności powinien wezwać w każdym czasie wykonawcę do złożenia tego podmiotowego środka dowodowego aktualnego na dzień złożenia. Tym samym niezasadna jest teza zamawiającego, że zamawiający ma badać tylko i wyłącznie to, czy wykonawca nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu na datę składania ofert. (...)

W ocenie Izby nie da się zatem pogodzić z efektywnością systemu odwoławczego sytuacji, w której wydanie prawomocnego orzeczenia sądowego w wyniku kontroli instancyjnej orzeczenia Izby nie mogło wywrzeć wpływu na decyzje zamawiającego wadliwie podjęte w toku procedury o udzielenie zamówienia jedynie z tego względu, że w dacie składania ofert nie był jeszcze znany wynik postępowania sądowego. Przyjęcie interpretacji dokonanej przez zamawiającego i przystępującego w tym postępowaniu w ocenie Izby rodziłoby bowiem sytuację, w której wykonawca uzyskujący korzystne dla siebie prawomocne rozstrzygnięcie nie mógł skutecznie się na nie powoływać z uwagi na upływ terminu do składania ofert. Słusznie również podnosi odwołujący, że istotą sporu pomiędzy zamawiającym X a odwołującym było to, czy zaistniało zdarzenie uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania (...). Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Warszawie kończąc ten spór pomiędzy stronami przesądziło, że takie zdarzenie nie miało miejsca. W konsekwencji zamawiający pozyskując wiedzę o orzeczeniu sądowym uznającym za niebyłe wykluczenie odwołującego z postępowania (...) powinien był ustalić, czy nie zachodzi potrzeba aktualizacji oceny tymczasowego podmiotowego środka dowodowego jakim był JEDZ złożonym przez odwołującego. Stanowisko, że decyzja zamawiającego była prawidłowa, bo w dacie składania ofert wykonawca był wykluczony z postępowania (...), jest o tyle nieprawidłowa, że Sąd Okręgowy stwierdził, że wykluczenie to było wadliwe, a w konsekwencji nieskuteczne.

Art. 110 ust. 2

59. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 431/22

Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15

kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 „Najważniejszym krokiem w procedurze samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning przewidzianą w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.”, które to stanowisko pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp. Na skutek prawidłowego samooczyszczenia Zamawiający powinien uzyskać gwarancję, że w wyniku przeprowadzonych działań naprawczych wykonawca jest w stanie należycie i solidnie wykonać zamówienie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2302/20: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien bowiem dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie.” Oczywiście ocena skuteczności powyższych działań należy do Zamawiającego, przy czym Zamawiający przy zachowaniu maksymalnej obiektywności, jest zobowiązany uwzględnić wagę i szczególne okoliczności zdarzenia, stanowiącego podstawę wykluczenia (...)

Co do zasady z inicjatywą samooczyszczenia powinien wystąpić sam wykonawca, wskazując w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. Niemniej jednak niewykluczone są sytuacje, kiedy samooczyszczenie następuje na dalszym etapie postępowania, co jest zależne i powinno być oceniane indywidualnie w kontekście zaistniałych okoliczności i konkretnych stanów faktycznych (por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 315/22). Dotyczy to przede wszystkim sytuacji spornych i niejednoznacznych co do okoliczności powodujących wykluczenie wykonawcy. Kwestia terminu, w jakim wykonawca powinien podjąć działania naprawcze również pozostaje zależna od okoliczności faktycznych danej sprawy (...)

Izba zauważa, że z pewnością wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są obszernie co do okoliczności opisujących przebieg realizacji poprzednich umów i szczegółowo wskazują na przyczyny działania Wykonawcy w zakresie wypełnienia dokumentu JEDZ i składanych oświadczeń. Niemniej jednak z treści wyjaśnień wynika, iż Wykonawca z jednej strony podważa w ogóle wystąpienie wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, czemu została poświęcona większa część wyjaśnień oraz wskazuje na ewentualne wystąpienie na drogę sądową uznając okoliczności odstąpienia od umowy przez X za sporne, z drugiej zaś strony uiszcza część nałożonych przez X kar umownych i dokonuje samooczyszczenia. Takie niekonsekwentne działania Wykonawcy podważa wiarygodność podjętych przez Wykonawcę działań naprawczych i nie może zostać ocenione pozytywnie. Dopiero w postępowaniu odwoławczym Odwołujący przyznał wypełnienie się przesłanki wykluczenia i konieczności dokonania samooczyszczenia, podejmując próbę wykazania jego skuteczności. (...)

W tych okolicznościach Odwołujący dla pozytywnej oceny dokonanego samooczyszczenia winien na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym jednoznacznie przyznać wystąpienie przesłanki wykluczenia. Wykonawca powinien zidentyfikować przyczyny nienależytego wykonania umów i podjąć konkretne środki naprawcze adekwatne do przyczyn wystąpienia wcześniejszych nieprawidłowości i stopnia tych naruszeń (...) W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że podjął środki naprawcze. Działania Wykonawcy zostały jednak opisane w sposób chaotyczny, który trudno odnieść do konkretnych nieprawidłowości. Wyjaśnienia w większości powielają treści ustawowe, jak informacje o wprowadzeniu standardów, przeprowadzeniu audytu czy szkoleń. Co jednak kluczowe Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu żadnych dowodów, które pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie oceny czy środki podjęte przez Wykonawcę są wystarczające i adekwatne do stwierdzonych naruszeń, a w konsekwencji uznanie, że wcześniejsze błędy zostały skorygowane, dając gwarancję Zamawiającemu, iż nie wystąpią w przyszłości.

60. Wyrok z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2360/22

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie można czynić zarzutu, że procedura samooczyszczenia jest oparta o dokumenty własne wykonawcy X. Nie można mieć wątpliwości, że „self-cleaning” jest procedurą auto-naprawczą, przeprowadzaną samodzielnie przez wykonawcę, u którego nastąpił, nazywając to ogólnie, incydent, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. Można dywagować, że incydenty te mogą być różnej wagi (co czynił Odwołujący na rozprawie), jednak art. 110 ust. 2 nie łączy procedury samooczyszczenia od „wagi” incydentu, lecz jedynie od skuteczności (wypełnienia przesłanek z art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) środków naprawczych. Trzeba więc wnioskować, że intencją ustawodawcy było, aby bez względu na wagę i rodzaj incydentu, wymienionego w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Prawa zamówień publicznych, który zaistniał u wykonawcy, można zapobiec wykluczeniu z postępowania, jeżeli podejmie się odpowiednie środki zaradcze, które wyeliminują (przynajmniej ograniczą możliwość) powstawania analogicznych incydentów w przyszłości.

W ocenie składu orzekającego X podjął skuteczną – adekwatną do zaistniałego wcześniej incydentu – procedurę naprawczą, mającą zapobiegać wystąpieniu podobnych incydentów w przyszłości. W innym postępowaniu wykonawca X podał nieprawdziwe informacje. Elementem procedury samooczyszczenia jest przyznanie się do błędu i szczegółowe opisanie zaistniałych okoliczności, zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, co w ocenie Izby Przystępujący uczynił w załączonych do oferty formularzu JEDZ i innych dokumentach. X opisał również w sposób wystarczający i adekwatny do zaistniałej sytuacji, środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych: zerwał współpracę z osobą, która podała nieprawdziwe informacje, zreorganizował personel, wdrożył odpowiedni system sprawozdawczości i kontroli. W ocenie składu orzekającego, oświadczenie X o „zerwaniu współpracy” z osobą, która podała nieprawdziwe informacje, jest wystarczające. Oświadczenie to nie musi, wbrew oczekiwaniom Odwołującego, precyzować rodzaju współpracy, która nie będzie podejmowana. Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a Prawa zamówień publicznych mówi o „wszelkich powiązaniach”, a w pojęciu „współpraca” mieszczą się powiązania jakiegokolwiek rodzaju, formalne i nieformalne. Trudno też zaakceptować wywody Odwołującego, że oświadczenie o zerwaniu współpracy powinno być czynnością prawną dwustronną. Wydaje się, że zupełnie wystarczające jest wyrażenie woli w tym zakresie w dowolny sposób (choć dla celów dowodowych pożądana jest forma pisemna) i faktyczne wykonywanie takiej woli (choćby przez nieodbieranie telefonów, brak odpowiedzi na wiadomości itd.).

(...) Odwołujący postulował zmianę zarządu X – z jego argumentacji wynika, że uważa to za element konieczny skutecznej procedury self-cleaning. Jednak z żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych nie wynika, że konieczna jest zmiana zarządu spółki. Wszak w każdej sytuacji, kiedy w ofercie podano nieprawdziwe informacje, za ostateczną treść oferty odpowiedzialność ponosi zarząd spółki. Z dokumentów przedstawionych przez X wynikało, że czynności naprawcze są skupione na wzmożonej weryfikacji i kontroli informacji podawanych w ofertach. Stąd powołanie stałego zespołu ds. przygotowywania i składania ofert w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (...), w skład którego wchodzi Pani Prezes Zarządu, która zgodnie z powszechnie dostępnymi danymi (odpisem pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego), pełniła tę funkcję również w czasie wykluczenia X. z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez (...). Zdaniem Odwołującego, wadą procedury samooczyszczenia X jest również to, iż w trzecim dokumencie - uchwale zgromadzenia wspólników, X powołując „zespół zadaniowy” w celu zapewnienia poprawności, terminowości i spójności w procesie przygotowywania i składania ofert, nie wskazuje, kto dokładnie ma wchodzić w skład takiego zespołu (nie podano imienia i nazwiska tejże osoby), lecz poprzestaje wyłącznie na sformułowaniu: „pracownik ds. zamówień publicznych”. Jednak w ocenie składu orzekającego taka argumentacja jest wbrew jasnym wytycznym art. 110 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdzie mowa o reorganizacji, wdrożeniu systemu, utworzeniu struktur – a więc stworzeniu odpowiednich algorytmów postępowania; powołanie zespołu zadaniowego odpowiada takiego rodzaju wytycznym.

61. Wyrok z dnia 8 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2798/22, KIO 2809/22

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołania wskazania wymaga, że Odwołujący kwestionował uznanie za nieskuteczne samooczyszczenia przedstawionego przez Wykonawcę dwukrotnie: w dniu 18 lipca 2022 r. oraz 15 września 2022 r. wskazując, że ustawa pzp nie reguluje kwestii terminu na dokonanie samooczyszczenia, a wykonawca może je przedłożyć w każdym czasie aż do czynności wykluczenia. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie zaznaczyć należy, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (...). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. Stanowiska wyrażające odmienny pogląd i wskazujące, iż ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19, orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18), wyprowadzają powyższe tezy z braku regulacji ustawowej określającej termin końcowy do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a możliwość jej dokonania po terminie składania ofert determinują wystąpieniem nowych okoliczności faktycznych związanych z wypełnieniem się przesłanki wykluczenia. Zauważenia wymaga, że przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp znajduje zastosowanie do kilku podstaw wykluczenia, z których każda wymaga zaistnienia skonkretyzowanych przesłanek. Powyższe przekłada się na różnorodność stanów faktycznych, w których może mieć zastosowanie procedura self – cleaningu i nie jest wykluczone, że wykonawca z uwagi na wystąpienie określonych okoliczności będzie uprawniony przedstawić podjęcie środków naprawczych również po terminie składania ofert.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały żadne okoliczności w świetle wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, które uzasadniałyby i pozwalały Odwołującemu na skuteczne przedstawienie procedury samooczyszczenia po upływie terminu na złożenie dokumentu JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Podkreślenia wymaga, że w sprawie nie było sporne, że Odwołujący znajduje się w sytuacji wypełniającej przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem XII ust. 1 Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia w postaci Jednolitego dokumentu. Złożenia tego oświadczenia Zamawiający żądał od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Ponadto, bezsporne było, że Odwołujący zarówno na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, jak i po umożliwieniu przez Zamawiającego ponownego złożenia dokumentu JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, dwukrotnie na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi: „NIE”. W ocenie Izby, udzielenie odpowiedzi negatywnej na powyższe pytanie oraz nieprzedstawienie samooczyszczenia do upływu terminu wskazanego przez Zamawiającego w ponownym wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp musiało skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania i uznaniem za nieskutecznych kolejnych prób aktualizowania JEDZ.

Odwołujący wyprowadzał możliwość złożenia self-cleaningu na późniejszym etapie postępowania z niekorzystnego dla Wykonawcy wyroku KIO z dnia 18 lipca 2022 r. o sygn. KIO 1638/22 oraz z okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. Powyższe okoliczności nie stanowią jednak żadnego uzasadnienia dla uznania za skuteczne samooczyszczenia złożonego dnia 18 lipca 2022 r. oraz 15 września 2022 r., gdyż przesłanki powodujące wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp były już Wykonawcy znane na moment składania pierwszego dokumentu JEDZ w postępowaniu. Jak słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący, być może spowodowały one odmienną ocenę przez Odwołującego zdarzeń związanych z odstąpieniem od umowy nr (...), ale nie zmieniały samej okoliczności tego odstąpienia, a tym samym wypełnienia się przesłanki wykluczenia. Niewątpliwie wyrok KIO z lipca 2022 r. stanowił wyłącznie ocenę prawną odstąpienia od umowy w kontekście wystąpienia konkretnej podstawy wykluczenia i nie zmienił sytuacji Wykonawcy ani okoliczności związanych z tym odstąpieniem.

62. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3440/22

Instytucja samooczyszczenia przewidziana w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy bowiem sytuacji, w których wykonawca, wiedząc i mając świadomość tego, że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia Zamawiającemu, że podjął starania w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. (...) O istnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, Zamawiający powinien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy, którego ta sytuacja dotyczy. W tym stanie faktycznym informację o istnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy (Odwołującego) z postępowania Zamawiający uzyskał od podmiotu trzeciego a dopiero następnie w wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji sam wykonawca przyznał, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne i poinformował o podjęciu środków mających na celu wykazanie jego rzetelności. Środki te zostały więc podjęte dopiero po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Niemniej jednak sytuacja, w której Zamawiający dowiaduje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji i dopiero w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji oraz podejmuje środki naprawcze, jest niedopuszczalna. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem, gdyż nierzetelny wykonawca, który podaje w ofercie nieprawdziwe informacje, broniłby się w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne.

Art. 111 pkt 5 i 6 Pzp

63. Wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3180/22

Nadto, Izba stoi na stanowisku, że zakaz ubiegania się o zamówienie biegnie od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli zdarzenia pierwotnego, które miało miejsce w poprzednim postępowaniu 08.09.2021 r. Wykluczenie które miało miejsce czynnością z 22.11.2022 r. w aktualnym postępowaniu jest pochodną wcześniejszego zdarzenia, które rozpoczęło okres zakazu. Nie mamy tutaj do czynienia z wykluczeniem kroczącym, rozpoczynającym bieg, za każdym razem gdy zostanie złożone wraz z ofertą oświadczenie w JEDZ-u, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczeniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. Inaczej mówiąc, nie jest tak, że każde kolejne złożenie oświadczenia, w ramach którego Odwołujący nie przyzna się do zaistniałego zdarzenia wywołuje kolejny skutek i nowy bieg okresu wykluczenia, czyli generuje tym samym nowe zdarzenie. W ocenie Izba, okoliczność że bieg okresu zakazu zaczyna się od zdarzenia pierwotnego wynika także z dyrektywy - tj. art. 57 ust. 2 dyrektywy PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych - „od daty odnośnego zdarzenia”.

W ocenie Izby, droga Odwołującego do udzielenia zamówienia publicznego nie jest jednakże zamknięta,

przy czym z uwagi na art. 111 pkt 5 Pzp, konieczne byłoby przyznanie się w kolejnym postępowaniu w JEDZ-u oraz zastosowanie self-cleaning ze wszystkimi niezbędnymi elementami wynikającymi z art. 110 ust. 2 Pzp. Informacja zawarta w wyjaśnieniach do JEDZ w aktualnym postępowaniu nie odpowiada przesłankom skutecznego self-cleaningu i jest w rzeczywistości polemiką a nie próbą samooczyszczenia.

64. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3466/22, KIO 3477/22, KIO 3490/22

(...) zakaz ubiegania się o zamówienie biegnie od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli zdarzenia pierwotnego, za które należy uznać dzień 8 września 2021 r., tj. dzień, w którym wykonawca X w postępowaniu prowadzonym przez Y przedłożył informacje wprowadzające w błąd, będące następnie podstawą do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty prawomocną decyzją zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2022 r. Skoro zatem zaistniało zdarzenie (podanie określonych informacji w JEDZ 8 września 2021 r.) będące podstawą do wykluczenia (prawomocna decyzja Y z 7 kwietnia 2022 r.), to nieuprawnionym jest obecnie twierdzenie wykonawcy X, że nie miał on obowiązku ujawnienia w JEDZ stosownych informacji. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Odwołującego, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, X winno w składanym oświadczeniu na temat podstaw wykluczenia zaznaczyć odpowiedź, że podlega wykluczeniu i ewentualnie wskazać na działania naprawcze, czego nie uczyniła. (...)

W sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 5/22 Izba nie badała zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP, gdyż Zamawiający zastosowania tych fakultatywnych przesłanek w ogóle nie przewidywał. Z tego względu nie można uznać, że pewne ustalenia faktyczne jakie znalazły się w uzasadnieniu ww. wyroku, stanowiące wystarczającą przyczynę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, wypełniłyby również normę art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP. Zarzuty odwołania postawione w tejże sprawie nie dotyczyły bowiem tych przepisów. Wskazać również należy za wyrokiem z dnia 23 czerwca 2022 r., KIO 1457/22, że jeżeli w toku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do wydania decyzji stwierdzającej zaistnienie przesłanek, które uzasadniałyby wykluczenie danego wykonawcy z postępowania, to żaden z zamawiających prowadzących przyszłe postępowania, nie ma już kompetencji do badania czy wystąpienie tych przesłanek faktycznie w tym postępowaniu (historycznym) miało miejsce czy też nie. Z tego względu uznać należy, że nie jest możliwym na obecnym etapie przesądzenie czy w postępowaniu prowadzonym przez Z faktycznie zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP. Co więcej, nawet sam zamawiający w tamtym postępowaniu takich okoliczności nie mógł stwierdzić, gdyż nie przewidział ww. podstaw wykluczenia z postępowania. Obiektywnie zatem rzecz biorąc, nie było uprzednio jak też nie ma obecnie żadnych podstaw, by badać zaistnienie na tle postępowania prowadzonego przez Z okoliczności pod kątem podstaw do wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP. Następnie należy wskazać, że art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP może znaleźć zastosowanie jedynie wtedy, gdy w danym (historycznym) postępowaniu zamawiający podjął prawomocną decyzję o odrzuceniu oferty z powodu zaistnienia jednej z przesłanek wykluczenia objętych treścią ww. przepisów. Jeśli natomiast tego nie zrobił, w kolejnych postępowaniach żaden z zamawiających nie będzie miał już takiego uprawnienia (tak też w odniesieniu do art. 111 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP SO w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r. XXIII Zs 21/22). Skoro zatem w postępowaniu prowadzonym przez Z nie doszło do wydania decyzji o wykluczeniu wykonawcy X z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10, to nie ma możliwości zastosowania art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP, brak jest bowiem zdarzenia, które następnie stanowiłoby podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Art. 112 ust. 1 i 2

65. Wyrok z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1011/22

Zamawiający nie ma więc obowiązku ustanowienia warunków udziału w postępowaniu na określonym minimalnym poziomie. Powyższy przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. W żadnej mierze jednak nie wprowadza on obowiązku ustanowienia warunków udziału w postępowaniu ani nie zobowiązuje do opisywania ich na określonym, minimalnym poziomie. Obowiązku takiego nie sposób też wywodzić z przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych, w tym z zasady proporcjonalności. Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, wywodzić obowiązku opisanego określonych warunków udziału w postępowaniu i uzasadnić tego stopniem skomplikowania zamówienia czy specyfiką zamówienia w sytuacji, gdy inny przepis ustawy, odnoszący się wprost do warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2 ustawy Pzp) wyraźnie stanowi, że Zamawiający może, ale nie musi warunków udziału w postępowaniu określać. Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostżenia” warunków, które zamawiający określił. Zarówno bowiem nieokreślenie warunków, jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania. Wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu należy natomiast rozumieć, jako zakaz określenia warunków zbyt wygórowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś – jak to robi Odwołujący – jako zakaz określania warunków na zbyt niskim poziomie.

66. Wyrok z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1093/22

Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, stwierdzając jedynie, że warunki takie muszą być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zaznaczyć jednocześnie należy, że to zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełnienia danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełnienia, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Zamawiający odpowiada również za jednoznaczne określenie i sprecyzowanie w SWZ sposobu weryfikacji spełnienia przez wykonawców określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu.

67. Wyrok z dnia 26 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1159/22

Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut uznała, że treść kwestionowanego warunku naruszała przede wszystkim dyspozycję art. 116 ust. 1 Pzp w kontekście określonej w art. 16 pkt 3 Pzp zasady proporcjonalności. Zasada proporcjonalności znajduje swoje szczególne podkreślenie w związku z kształtowaniem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 112 ust. 1 Pzp, który wprost wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. W zakresie przedmiotowej sprawy okoliczności tak się ukształtowały, że zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut przez co de facto przesądził, że zaproponowana przez odwołującego zmiana również była dla zamawiającego akceptowalna. Tym samym argumentację przystępującego należało potraktować jako dążenie do utrzymania korzystniejszej pozycji w ramach zamówienia, która nie została potwierdzona potrzebami zamawiającego. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest to dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. W tym wypadku stanowisko zamawiającego potwierdziło, że powyżej wskazana równowaga została zaburzona stąd konieczna stała się modyfikacja treści warunku zgodnie z propozycją nakreśloną przez odwołującego.

68. Wyrok z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1571/22

Art. 112 ustawy P.z.p. wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w ustawie P.z.p. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Art. 112 ustawy P.z.p. wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są: 1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz 2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także 3) referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

69. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2097/22

Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, dlaczego tylko wykonawca, który wykonał 12 (...) zamówień daje rękojmię należytego wykonania umowy. Ze stanowiska Zamawiającego zdaje się wynikać, że nie dokonuje on prawidłowego rozróżnienia między warunkami udziału w postępowaniu a opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający podnosił bowiem, że sporny warunek udziału w postępowaniu został określony na tak wysokim poziomie dlatego, że Zamawiający chce wdrożyć system niezawodny, dopracowany,

o ugruntowanej pozycji na rynku. Odnosząc się do tego stanowiska Izba podkreśla, że osiągnięciu powyższego celu służy opis przedmiotu zamówienia, w którym określa się wymagane cechy tego przedmiotu, pozwalające zapewnić jego oczekiwaną jakość, a także sposób realizacji zamówienia odpowiadający potrzebom zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą natomiast strony podmiotowej, tj. potencjału wykonawcy (w tym przypadku doświadczenia), mającego potwierdzać jego zdolność do wykonania zamówienia, nie zaś cech oferowanego przedmiotu zamówienia.

Na podobny brak rozróżnienia między funkcją warunków udziału w postępowaniu a opisem przedmiotu zamówienia wskazuje argumentacja Zamawiającego dotycząca wymagania, aby system konferencyjny, w dostawie którego doświadczenie ma mieć wykonawca, pochodził z dystrybucji krajowej. Zamawiający powołał się w tym zakresie na konieczność zapewnienia sobie szybkiego dostępu do usług serwisowych, w tym do serwisu pogwarancyjnego. Wskazał, że nie może pozwolić sobie na wysyłkę uszkodzonego sprzętu poza granice kraju i długotrwałe oczekiwanie na jego zwrot po naprawie. Wskazać należy, że osiągnięciu tego celu mogą służyć postanowienia OPZ oraz umowy, a nie warunków udziału w postępowaniu, które służą ocenie właściwości podmiotowych wykonawcy, a nie jakości oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Biorąc pod uwagę, że wymaganie, aby system konferencyjny, w dostawie którego doświadczenie ma mieć wykonawca, pochodził z dystrybucji krajowej, niewątpliwie ogranicza konkurencję, uniemożliwiając skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy mają odpowiedni potencjał, jednak dostarczany przez nich w przeszłości sprzęt nie pochodził z dystrybucji krajowej, ten element warunku należy uznać za nieproporcjonalny i sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji.

70. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2153/22

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale VI SWZ wskazał, że nie stawia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże takie działanie Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Należy bowiem mieć na uwadze – co Odwołujący zdaje się pomijać – że w świetle przepisów ustawy zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że ustawa pozostawia zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one – zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp – proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp nie może być więc interpretowany tak, jak to robi Odwołujący, jako statuujący obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w każdej sytuacji, w której ze względu na przedmiot jest to zasadne. Powyższy przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. W żadnej mierze jednak nie wprowadza on obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu. Obowiązku takiego nie sposób też wywodzić z przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych (art. 16 i 17 ustawy Pzp), w tym z zasady proporcjonalności. Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, wywodzić obowiązku opisanie określonych warunków udziału w postępowaniu i uzasadniać tego stopniem skomplikowania zamówienia w sytuacji, gdy inny przepis ustawy, odnoszący się wprost do warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2 ustawy Pzp) wyraźnie stanowi, że Zamawiający może, ale nie musi warunków udziału w postępowaniu określać.

71. Wyrok z dnia 15 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2276/22

Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług (wyrok KIO z 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2433/19, Legalis). O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego (wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis). Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów (wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis). Warunki udziału nie muszą zostać określone w taki sposób, aby każdy wykonawca, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktu lub świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia je spełniał. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (wyrok KIO z 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 96/19, Legalis).

72. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3382/22

Celem warunków udziału w postępowaniu jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia takiemu wykonawcy, który daje gwarancję jego należytego wykonania. Jeżeli przedmiot zamówienia jest specyficzny, innowacyjny i niszowy, to i warunki udziału w postępowaniu mogą być unikalne, niestandardowe. W przedmiotowym przypadku nie zostało wykazane, aby zostały one ukształtowane przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności, aby były one nadmierne w stosunku do wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Podniesiona w odwołaniu okoliczność, że nie każdy wykonawca posiadający doświadczenie we wdrożeniu i dostawie rozwiązań odpowiedzialnych za zarządzanie sieciami mediów użyteczności publicznej, będzie mógł wykazać się doświadczeniem w wykonaniu projektu badawczo-rozwojowego, nie świadczy o nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia. Jak trafnie wskazywał Zamawiający, oceny takiej należy dokonać przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy. (...) Podobnie fakt, iż w innych postępowaniach, inne instytucje zamawiające nie ograniczały warunków udziału w postępowaniu do doświadczenia w konkretnej branży, nie świadczy o tym, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. (...) Oceny takiej należy dokonywać przez pryzmat realiów konkretnego postępowania, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, bo to w stosunku do przedmiotu zamówienia warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny.

73. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3481/22

Na wstępie podnieść należy, że ustanowienie w sposób jasny i precyzyjny warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego. Z dokumentacji postępowania wykonawcy powinni otrzymać jednoznaczną informację, jakimi właściwościami muszą się wykazać, aby złożyć ofertę w postępowaniu. Wymaga tego zasada przejrzystości postępowania, realizując jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji poprzez zagwarantowanie potencjalnym wykonawcom możliwości złożenia oferty i konkurowania na jednakowych zasadach. (...) Zamawiający jest autorem dokumentacji zamówienia, oczywistym więc jest, że odczytuje warunek zgodnie z własnymi założeniami. Nie oznacza to jednak, że jego opis jest klarowny

i jasny. (...) to obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby nie dawały możliwości różnej ich interpretacji. W ocenie Izby, nie ma racji Zamawiający, że warunek został właściwie i jednoznacznie opisany, skoro należy jego treść wyprowadzać na podstawie wniosku o poszczególnych elementach, a jego ustalenie wymaga wyjaśnień ze strony Zamawiającego.

Art. 117 ust. 3 i 4

74. Wyrok z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2874/22

Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było, że lider konsorcjum Przystępującego – X legitymuje się odpowiednim doświadczeniem wymaganym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.1.4 lit. a) zadanie nr 4 SWZ, co potwierdza złożony wykaz usług oraz referencje. Sporna była natomiast treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w kontekście złożonego przez Przystępującego wykazu usług, bowiem z oświadczenia wynika, że to członek konsorcjum – Y prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Y zrealizuje usługi odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu, o których mowa w ww. punkcie stanowiące usługi sprzątnięcia terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m² miesięcznie oraz usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie, a nie lider posiadający wymagane doświadczenie.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych stwierdzić należy, iż niewątpliwie Konsorcjum nie wykazało warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w punkcie 8.1.4 lit. a) zadanie nr 4 SWZ, gdyż polegało na zdolnościach wykonawcy, który nie wykona usług, do realizacji których ww. zdolności są wymagane. Jak wynika bowiem z oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp X wykona zadania dotyczące koordynacji usługi, nadzoru nad jej realizacją, rozliczania wykonywanej usługi, kontaktów z Zamawiającym, innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie utrzymania czystości. Powyższa okoliczność nie obligowała jednak Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 lub 5 ustawy Pzp – jak twierdził Odwołujący, lecz do zastosowania procedury przewidzianej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów składanych w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz usług itp. nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Izba dostrzega, że ustawodawca nie określił w przepisach ustawy Pzp oraz aktach wykonawczych do ustawy statusu prawnego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Mając jednak na uwadze jego cel sprowadzający się do umożliwienia weryfikacji planowanego podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum, który winien zapewnić realne wykorzystanie deklarowanych przez wykonawców zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to przyjąć należy, iż ww. oświadczenie jest podmiotowym środkiem dowodowym (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3795/21). Zgodnie bowiem z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Niewątpliwie oświadczenie uregulowane art. 117 ust. 4 ustawy Pzp służy potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, wobec czego podlega ono uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1586/21, KIO 1587/21).

75. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3041/22

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że „podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie musi być równoważny posiadanym przez nich zasobom bądź zasobom, które przewidują zagospodarować w ramach realizacji zamówienia” Izba uznała, że Zamawiający nie ma racji, prezentując takie stanowisko. Przeciwnie, podział zadań między konsorcjantów przy realizacji zamówienia musi być paralelny z posiadanymi przez nich zasobami. Na tym właśnie polega łączenie, w ramach konsorcjum, posiadanych potencjałów: każdy z partnerów konsorcjum wnosi własne zasoby i w tym zakresie, w jakim wnosi zasoby, będzie wykonywał przedmiot zamówienia. Posiadany zasób musi być realny - co oznacza, że doświadczenie, nabyte przez jednego z obecnych konsorcjantów w ramach innego, poprzednio realizowanego zamówienia, musi być po pierwsze faktycznie nabyte (co należy potwierdzić odpowiednimi dokumentami), a ponadto odpowiadać zakresowi prac, jakie tenże konsorcjant będzie realizował obecnie.

Art. 118

76. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3337/22

Zamawiający w niniejszej sprawie wymagał zdolności w postaci doświadczenia w budowie/ przebudowie obiektu mostowego o określonej wartości, a co za tym idzie podmiot trzeci by spełnić te wymogi powinien wykonywać, zgodnie z dyspozycją tego przepisu, roboty budowlane, które zakresem swoim obejmowały budowę lub przebudowę obiektu mostowego. Tym samym deklaracja, że podmiot trzeci wykona część robót mostowych, jest wystarczająca w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Oceniając powyższe należało także wziąć pod uwagę jaki zakres robót zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział II SWZ) i ujął w kosztorysie ofertowym „Budowa kładki”, które to mieściły się w pojęciu robót branżowych, określanych jako roboty mostowe. Zamawiający wyróżnił następujące roboty: a. roboty przygotowawcze; b. roboty rozbiórkowe; c. konstrukcja kładki; d. roboty przyobiektowe; e. remont schodów od strony ul. Pawiej; f. winda. Powyższe wskazuje na szerokie rozumienie robót mostowych, które zdefiniował zamawiający. Również w kontekście tego opisu deklaracja podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, że wykona jedynie część robót mostowych objętych tym kosztorysem, jest wystarczająca dla spełnienia warunku. Roboty przygotowawcze czy rozbiórkowe, jako nie dotyczące wprost budowy obiektu mostowego mogą być bowiem wykonane samodzielnie przez przystępującego.

77. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3478/22

W ocenie Izby, mamy w przedmiotowym stanie faktycznym, oceniając oświadczenie przedstawione wraz z pismem procesowym przez Przystępującego (Pismo X wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej), do czynienia z klasycznym udostępnieniem zasobów podmiotu trzeciego przez spółkę „matkę” spółce „córce”, tj. Przystępującemu. W żadnym wypadku Przystępujący nie wykazał, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, a nie pośrednim. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 63 dotyczy - Poleganie na zdolności innych podmiotów - ust. 1 ostatni akapit (ostatnie zdanie) dyrektywy PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych: „Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów”. Niewątpliwie podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej są również podmiotami trzecimi w relacji Zamawiający – Wykonawca.

78. Wyrok z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3473/22

Oczywiście błędne i nieznajdujące oparcia w przepisach jest stanowisko Odwołującego jakoby uprawnienia innych podmiotów, nawet z tej samej grupy kapitałowej, mogłyby być poczytane jako jego zasób własny. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego co do zasady nie przewidują udostępnienia przez adresata decyzji administracyjnej uprawnień z niej wynikających innemu podmiotowi. Przede wszystkim sama ustawa pzp nie przewiduje nawet możliwości udostępnienia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia przez podmiot trzeciej uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Jak wynika bowiem z art. 118 ust. 1 pzp udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego może dotyczyć tylko warunków udziału dotyczących zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że udostępnienie zasobów w odniesieniu do uprawnień jest niedopuszczalne, a do tego w istocie sprowadzałoby się żądanie przez Odwołującego uznania, że decyzje wydane na podmioty trzeciej stanowią jego zasób własny. Nie ma przy tym znaczenia charakter wzajemnych zobowiązań czy powiązań takich podmiotów.

Art. 123

79. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 510/22

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Podkreślić w tym miejscu należy, że to wykonawca – jako podmiot profesjonalny – ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność. Jeżeli w oświadczeniu podmiotu trzeciego nie opisano w sposób dostateczny zakresu udostępnianych przez podmiot trzeciej zasobów (...), a jednocześnie Przystępujący sam w innym dokumencie złożonym wraz z ofertą (wykaz osób) ograniczył zakres polegania na tych zasobach do jednego serwisanta, to jego obciążają konsekwencje, jakie wiążą się z wynikającą z dokumentów załączonych do oferty deklaracją korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie jednego, a nie dwóch serwisantów. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów.

Art. 125 ust. 3

80. Wyrok z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1200/22

Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przywołanych wyżej przepisach ustawy Pzp, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe

przepisy nie pozostają w sprzeczności z akcentowanym przez Przystępującego art. 126 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Podkreślić jednak należy, iż podnoszonej przez Przystępującego „aktualności” dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia.

Art. 126 ust. 2

81. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1473/22

Izba dostrzega, że zamawiający ogłaszając postępowania o udzielenie zamówienia nie był jeszcze obowiązany do badania przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 pkt 1- 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Postępowanie bowiem zostało wszczęte w dniu 1 marca 2022 r., a otwarcie ofert nastąpiło w dniu 6 kwietnia 2022 r., a więc przed wejściem w życie wskazanych przepisów i przed datą rozpoczęcia ich obowiązywania. Jednak rację należy przyznać odwołującemu, że w świetle art. 22 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, podstawy wykluczenia wskazane w art. 7 ust. 1 tej ustawy znajdują także zastosowanie do postępowań wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy. Rację ma też odwołujący, że zgodnie z treścią art. 7 pkt 18 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, do tej chwili wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, o ile zaistnieją podstawy wykluczenia. Tym samym, obowiązek zbadania postaw wykluczenia określonych art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego odnosi się również do postępowań, w których dokonano już wyboru oferty najkorzystniejszej, ale nie doszło jeszcze do zawarcia umowy. (...)

Tym samym w ocenie Izby konieczna jest taka wykładnia powołanego art. 22 ustawy, która zapewni możliwość ustalenia braku podstaw wykluczenia także z ustawy szczególnej. W ocenie Izby w takim przypadku zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy w zw. z art. 22 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego powinien wezwać wybranego wykonawcę do złożenia odpowiednich podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ww. ustawy. Izba bowiem nie podziela stanowiska zamawiającego, że powinien poprzestać na samodzielnej weryfikacji braku podstaw wykluczenia, choćby z tego względu, że brak oświadczenia wykonawcy w przedmiocie braku podstaw wykluczenia uniemożliwia przy błędnej weryfikacji zamawiającego uznanie, że wykonawca dopuścił się wyłudzenia zamówienia.

Art. 128 ust. 1

82. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 479/22

(...) Izba w całości podziela stanowisko odwołującego, że złożone w przetargu podmiotowe środki dowodowe nie wykazują w sposób prawidłowy, iż przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. Informacja będąca odpowiednikiem zaświadczenia z KRK, zgodnie z wytycznymi z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, jest dokumentem pochodzącym z odpowiedniego rejestru albo – w przypadku braku takiego rejestru – innym równoważnym dokumentem wydanym przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Złożone przez przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego standard certificate, które zostały wydane przez Disclosure & Barring Service w Liverpoolu, nie obejmują

wszystkich przestępstw określonych w art. 108 ust. 1 p.z.p., kiedy norma rozporządzenia stanowi o wykazaniu niekaralności dokumentem pochodzącym z odpowiedniego rejestru, czyli dokumentem zagranicznym przydatnym dla wykazania niekaralności za przestępstwa wymienione w p.z.p. Zatem mając na uwadze miejsce zamieszkania członków zarządu, przystępujący powinien w przetargu przedłożyć – tak jak zrobiono to w postępowaniu odwoławczym – zaświadczenia podstawowe (basic) pochodzące z Disclosure Scotland (por. też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.04.2017 r., sygn. akt KIO 727/17 i wskazane w nim orzecznictwo).

83. Wyrok z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1560/22

(...) wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Ponownie, Zamawiający w sposób niedostateczny przeanalizował przedłożony przez Przystępującego wykaz usług i w wezwaniu z dnia 12 kwietnia wyartykułował jedynie część wątpliwości, jakie miał do treści tego dokumentu. Postępując właściwie, wszystkie błędy i braki wykazu powinny zostać przez Zamawiającego wyrażone w treści pierwszego wezwania. Nie można jednak Przystępującemu czynić zarzutu, że Zamawiający kreował taką, a nie inną treść kierowanych wezwań. Wskazać bowiem należy, że wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia przedłożonej dokumentacji oraz sposób ich usunięcia. W sytuacji, w której ww. warunki nie zostaną zachowane możliwym jest skierowanie ponownego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

84. Wyrok z dnia 5 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1584/22

Nie ulega wątpliwości, że czynność przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów również leży w sferze uprawnień zamawiającego. Niemniej jednak podejmując decyzje w tym zakresie zamawiający powinien mieć na względzie wszystkie wymienione powyżej okoliczności: realność terminu dla określonego rodzaju dokumentu, jak również zrównanie terminów dla wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji co do zakresu wyznaczonego wezwaniem. Zaznaczyć należy, że zamawiający może przedłużyć termin na uzupełnienie dokumentów uznając to za konieczne dla zachowania powyższych zasad zarówno na wniosek wykonawcy jak również może decyzję w tym zakresie podjąć samodzielnie.

85. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2038/22

Skład orzekający wskazuje, że bez znaczenia przy tym pozostaje, iż Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 czerwca 2022 r. złożył żądane dokumenty w dniu 8 lipca 2022 r. o godz. 21:47, a więc czwartego dnia po zakreślonym przez Zamawiającego terminie. Należy bowiem stwierdzić, że składanie uzupełnianych dokumentów po terminie jest nieskuteczne i tożsame z ich niezłożeniem. Zamawiający nie mógłby - bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji - przyjąć dokumentu uzupełnionego po wyznaczonym terminie. Zdaniem Izby istotny jest również fakt, że Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że uznał zasadność rzezonego wezwania i nieprawidłowość złożonych wraz z ofertą dokumentów. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesunięcie terminu na złożenie dokumentów do dnia 12 lipca 2022 r., jednak wniosek ten został złożony w momencie, w którym pierwotnie wyznaczony termin już upłynął tj. w dniu 4 lipca 2022 r. o godz. 15:10. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że Zamawiający nie mógł zmienić terminu, który już upłynął, gdyż takie działanie naruszałoby podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 56/22).

86. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/22

Okolicznością bezsporną jest, że Przystępujący X przedstawił dwa pełnomocnictwa (pełnomocnictwo ogólne i pełnomocnictwo szczególne) w formie cyfrowego odwzorowania dokumentów sporządzonych w postaci papierowej. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku pełnomocnictwa – mocodawca. Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 4 ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz. Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że w przypadku sporządzenia pełnomocnictwa w postaci papierowej, ich cyfrowe odwzorowanie może być potwierdzone za zgodność tylko przez mocodawcę (w tym przypadku przez spółkę X) lub przez notariusza. Wykonawca X przedstawił natomiast cyfrowe odwzorowania pełnomocnictw sporządzonych w postaci papierowej, które zostały potwierdzone za zgodność przez pełnomocnika, co jest wprost niezgodne z przytoczonymi wyżej przepisami rozporządzenia. (...) O ile nie ulega żadnej wątpliwości, że czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 2 Kc), to brak jest podstaw do wywodzenia z tego, że w sytuacji, gdy przepis szczególny wymaga poświadczenia pełnomocnictwa przez mocodawcę, poświadczenie to mogło być dokonane przez pełnomocnika ustanowionego w tym pełnomocnictwie. O ile pełnomocnik, stosownie do przepisów Kc, działa w imieniu i na rzecz mocodawcy, to pozostaje on pełnomocnikiem (podmiotem odrębnym od mocodawcy, tyle że działającym ze skutkiem dla niego), nie staje się natomiast mocodawcą, którym w rozpoznawanej sprawie jest spółka X. Prezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego X interpretacja nie ma oparcia w przepisach Kc, które przewidując możliwość działania przez pełnomocnika ze skutkiem dla mocodawcy rozróżniają jednak te dwa podmioty (...) Interpretacja taka jest też wprost niezgodna z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, prowadziłyby bowiem do zniweczenia celu przepisu wymagającego bezpośredniego działania mocodawcy (albo notariusza). Gdyby przyjąć, że poświadczenia pełnomocnictwa może dokonać należycie umocowany pełnomocnik, to przepisy § 7 ust. 3 i 4 rozporządzenia utraciłyby swój cel. (...) Wobec powyższego należy stwierdzić, że cyfrowe odwzorowania pełnomocnictw przedłożone przez Przystępującego X nie zostały prawidłowo poświadczone za zgodność z dokumentem sporządzonym w postaci papierowej. W związku z tym Zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, (...)

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który twierdził, że wobec przedłożenia w postępowaniu odwoławczym cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa poświadczonego notarialnie brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania Przystępującego do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa. Zauważyć należy, że dokument ten nie został przekazany Zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, ale załączony do pisma procesowego złożonego w postępowaniu odwoławczym. Nie został on zatem przez Zamawiającego oceniony w taki sposób, aby wyniki tej oceny podlegały weryfikacji wykonawców i mogły być przedmiotem ewentualnych środków ochrony prawnej. Nie jest dopuszczalne, aby to Izba po raz pierwszy oceniła dokument w zastępstwie Zamawiającego, wyrażając tę ocenę w wyroku, należy bowiem wziąć pod uwagę, że dokument ten nie był dostępny Odwoływającemu w dacie wnoszenia odwołania i tym samym nie mógł być objęty zarzutami odwołania. Względy ekonomiki procesowej nie mogą stanowić w tym względzie rozstrzygającego argumentu.

87. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3521/22

W sytuacji, gdy ten sam dokument – oświadczenie służyć ma potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie dotyczy treści oferty ocenianej w kryterium oceny ofert, orzecznictwo, w tym sądowe wskazuje, iż podlega ono uzupełnieniu w zakresie koniecznym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy nie wyłączają bowiem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, jeżeli nie zachodzi wyłączenie z art. 128 ust. 3 Ustawy.

Art. 128 ust. 5

88. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1846/22

W ocenie Izby uznanie wyłącznie przez pryzmat stosowanego nazewnictwa, że zadanie nie obejmowało elementów wskazanych w warunku jest zbyt daleko idące. Zamawiający arbitralnie uznał, że oświadczenia wykonawcy nie są dla niego wystarczające, podczas gdy, miał możliwość zbadać ich wiarygodność. Ustawa Pzp daje Zamawiającemu instrumenty pozwalające zweryfikować informacje przedstawiane przez wykonawcę. Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W tym stanie rzeczy nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, iż nie mógł zweryfikować, co było przedmiotem usługi. Powyższy przepis umożliwia dodatkowe sprawdzenie informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Jeżeli Zamawiający dysponując jednoznacznym oświadczeniem wykonawcy, że zadanie wskazane w poz. 1 wykazu obejmowało usługi telekomunikacyjne, miał uzasadnione wątpliwości co do faktycznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to powinien skorzystać z możliwości, jaką daje mu art. 128 ust. 5. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający z tego rozwiązania nie skorzystał, a jednocześnie twierdził, że nie może zweryfikować zakresu przedmiotowego zadania.

Art. 135

89. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3397/22

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że zamawiający prawidłowo wziął pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 SWZ, treść udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 17 października 2022 r. (...) Zdaniem Izby, zaniechanie dokonania przez zamawiającego czynności modyfikacji SWZ i ogłoszenia, w ślad za udzieloną odpowiedzią, nie zwalniało zamawiającego od obowiązku uwzględnienia treści tej odpowiedzi przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 SWZ. Podkreślenia wymagało bowiem w tym miejscu, że zasada przejrzystości postępowania (art. 16 pkt 2 Pzp), na jaką powoływał się odwołujący w kontekście innych wykonawców, znajduje zastosowanie także wobec przystępującego. Według Izby przystępujący po otrzymaniu odpowiedzi na pytanie miał prawo działać w zaufaniu do jej treści. Innymi słowy przystępujący miał prawo zakładać, że zamawiający przy ocenie warunku postąpi dokładnie tak, jak zadeklarował w udzielonej odpowiedzi. Kierując się odpowiedzią, przystępujący podjął decyzję o takim sposobie wykazania warunku udziału w postępowaniu, który wprost wpisywał się w treść odpowiedzi. Zdaniem Izby, skoro zamawiający zapewnił wykonawców, że przy ocenie spełnienia warunku zachowa się w określony sposób, to niewątpliwie sprzecznym z zasadą przejrzystości byłoby podjęcie czynności sprecznej z uprzednio deklarowaną.

90. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3380/22

Co istotne, wyjaśnienia do SWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zarówno zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto, przekazując wyjaśnienia do SWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty

uzupełnienie treści SWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofert.

Art. 209 ust. 1 pkt 4

91. Uchwała z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO/KU 37/22

W ocenie Izby, Zamawiający był niekonsekwentny w swoich działaniach. Z jednej bowiem strony próbował wykazywać pilność realizacji zamówienia, z drugiej w ogóle nie rozważył możliwości zastosowania jednej z procedur podstawowych przy zastosowaniu terminów skróconych. Uważał a priori że tryb negocjacji bez ogłoszenia był optymalny. Jednakże, nie wykazał skutecznie, że nie mógł przeprowadzić postępowania w jednym z trybów podstawowych przy zastosowaniu terminów skróconych. Wręcz przeciwnie z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że taka możliwość realnie istniała przy zastosowaniu terminów skróconych. (...) Stanowisko Zamawiającego, że w tych okolicznościach sprawy tryb podstawowy może negatywnie wpłynąć na konkurencję, spowodować mniejszą ilość ofert, jak i wywołać liczne pytania i konieczność i tak wydłużenia terminu składania ofert bazuje na jego uznaniowej ocenie. Tryb negocjacji bez ogłoszenia nie uchronił w żaden sposób Zamawiającego przed tymi pytaniami i wydłużeniem terminu składania ofert. Wbrew więc założeniom Zamawiającego negocjacje bez ogłoszenia nie pozwoliły usunąć wątpliwości Wykonawców. (...) niewątpliwie obawa utraty środków była motywem przewodnim w działaniu Zamawiającego, lecz był w tym zakresie niekonsekwentny w tych działaniach. Izba podzielił generalnie stanowisko wynikające z przytoczonego przez Prezesa UZP orzecznictwa, że to niebezpieczeństwo – utraty środków, samo w sobie nie uzasadnia pilności.

Art. 214 ust. 1 pkt 1

92. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2493/22

Z całkowitym wyłączeniem konkurencyjności mamy do czynienia w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki. Z tego względu na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (w przedmiotowym przypadku w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy). Przedstawienie takiego uzasadnienia ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego i podejmują decyzję co do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Również w oparciu o to uzasadnienie następuje dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowania trybu z wolnej ręki przez zamawiającego. (...)

W rozpoznawanej sprawie dla oceny legalności działania Zamawiającego konieczne jest przede wszystkim ustalenie, czy Zamawiający wykazał, iż przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Fakt, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę oznacza, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia, posiadający faktyczny monopol w danym obszarze. Przesłanka ta ma charakter obiektywny. (...)

Nie negując co do zasady potrzeby Zamawiającego do zakupu jednego, wspólnego dla całej uczelni systemu X, który będzie posiadał funkcjonalności pożądane przez Zamawiającego, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z obiektywnie uzasadnionym technicznie monopolem jednego podmiotu zdolnego zrealizować zamówienie. W przedstawionym uzasadnieniu faktycznym i prawnym Zamawiający skupił się wyłącznie na opisie funkcjonalności, jakie posiada platforma Y i na przedstawieniu korzyści, jakie wynikają z korzystania z tej platformy przez Zamawiającego obecnie. Jednak w zakresie wykazania, że istnieje na rynku tylko jeden wykonawca mogący zrealizować zamówienie oraz że sytuacja ta jest wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym

charakterze w uzasadnieniu nie przedstawiono w zasadzie żadnej argumentacji. Znajdują się tam jedynie lakoniczne, hasłowe tezy Zamawiającego, że opisane obszernie funkcjonalności „są dostępne wyłącznie w ramach rozwiązania dostarczanego przez firmę Y” i „firma Y jako jedyna może dostarczyć odpowiedniej jakości usługę.” Brak jest jakiegokolwiek szerszej analizy rynkowej, w szczególności w zakresie tego, że inne podmioty nie są zdolne do realizacji zamówienia i dostarczenia oprogramowania o pożądanym funkcjonalnościach z uwagi na obiektywne, techniczne przeszkody. (...)

Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający dokonując zakupu oprogramowania powinien skupić się przede wszystkim na określeniu funkcjonalności, jakich oczekuje od systemu informatycznego, a nie dążyć do zakupu gotowego produktu, który mu najbardziej odpowiada, z którego obecnie korzysta i w oparciu o cechy tego produktu kreować swoje potrzeby. W ocenie Izby nie było obiektywnych przeszkód, aby Zamawiający wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym określając w opisie przedmiotu zamówienia funkcjonalności, jakie platforma X powinna spełniać, skoro miał świadomość, że możliwe jest dostarczenie oprogramowania dedykowanego na jego potrzeby przez więcej niż jeden podmiot. Podnoszona przez Zamawiającego kwestia czasochłonności, kosztowności czy ryzyka związanego z opracowaniem takiego rozwiązania jest kwestią wtórną i nie wpływa na uznanie, że co do zasady jest możliwe udzielenie zamówienia na dostawę oprogramowania X w trybie konkurencyjnym. Za całkowicie niezasadne uznać należy powoływanie się na okoliczność, iż „Zamawiający nie może sobie pozwolić na bliżej nieokreślone w czasie oczekiwanie na dostarczenie platformy z funkcjonalnościami, które dopiero będą rozwijane i które powinny przejść szereg testów” - Zamawiający od ponad roku miał świadomość, że aktualna umowa na dostawę platformy e-learningowej zakończy się w listopadzie 2022 r. i miał czas, aby przygotować postępowanie w konkurencyjnym trybie. (...)

Sam Zamawiający prowadził uprzednio postępowanie konkurencyjne obejmujące swym zakresem dostawę platformy X, a oferty w tym postępowaniu złożyło sześć podmiotów. Fakt ten również potwierdza, iż istnieją na rynku wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia, nawet jeśli produkty przez nich oferowane wymagałyby pewnego dostosowania czy rozbudowy na potrzeby Zamawiającego. Jeśli zaś na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju usługi wybór wykonawcy powinien nastąpić w jednym z trybów konkurencyjnych przewidzianych ustawą Pzp.

Art. 214 ust. 1 pkt 5

93. Wyrok z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2633/22

Zamawiający jako uzasadnienie dla zastosowania trybu wolnej ręki wskazał, że umowa została zawarta ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do świadczenia usługi żywienia, co wynika z obowiązków, jakie nakłada na niego kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Zamawiający unieważnił piątą procedurę w dniu 19 sierpnia 2022 r., z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po dwóch nieudanych negocjacjach, Zamawiający podjął kolejną próbę negocjacji z wykonawcą, który złożył ofertę na kwotę bardzo zbliżoną do kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. *Umowa została zawarta na okres od 12 września 2022 r. do 12 lutego 2023 r.*

W treści powyższego uzasadnienia nie wykazano zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przede wszystkim ww. przepis uzależnia zastosowanie tego trybu ze względu na wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć i wystąpienie tej właśnie sytuacji ma spowodować konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Tymczasem w niniejszej sprawie żadna nadzwyczajna sytuacja nie wystąpiła. Zamawiający tak w miesiącu lutym, jak i w kolejnych, był zobowiązany do zapewnienia wyżywienia pacjentom. Przedmiot umowy jest zatem dla Zamawiającego stałym obowiązkiem, a nie wynikiem wystąpienia jakiegokolwiek szczególnej sytuacji, zwłaszcza takiej, której Zamawiający nie mógł

przewidzieć. Podobnie nie jest żadną szczególną, wyjątkową sytuacją, której nie można było przewidzieć, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to sytuacja, która może wystąpić w każdym postępowaniu, jest uregulowana w ustawie Prawo zamówień publicznych i Zamawiający powinien wziąć ją pod uwagę. Zatem okoliczność niewyłonienia wykonawcy w postępowaniu z uwagi na okoliczności przewidziane w artykule 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi uzasadnienia dla zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający po raz kolejny w ciągu roku postępuje w sposób podobny – tj. przeprowadza procedurę otwartą bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zawiera na krótki czas umowę z wykonawcą. Nie nastąpiła zatem w ciągu ostatniego półrocza, jak i obecnie, żadna szczególna, nieprzewidywalna sytuacja, nieleżąca po stronie Zamawiającego. Działania Zamawiającego są powtarzalne i przynoszą ten sam efekt. Fakt, że Zamawiający nie wyłonił dotychczas wykonawcy za cenę, jakiej oczekuje, nie oznacza, że znalazł zastosowanie powyższy artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a

94. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż relacje właścicielskie Zamawiającego i X wskazują na możliwość kierowania sprawami spółki, co wynika zarówno z umowy spółki, jak i przepisów regulujących funkcjonowanie spółki z o.o. w obrocie prawnym. W sprawie nie było sporu co do ustalenia, iż organy nadzoru w ramach swoich obowiązków mogą wywoływać wpływ na funkcjonowanie spółki i jej działalność, istotnym pozostawało natomiast ustalenie, czy z racji uprawnień właścicielskich Miasta wystarczające dla stwierdzenia kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, jest stwierdzenie, iż Miasto posiada 100 % kapitału zakładowego, jak również, czy dla tej kontroli konieczne jest wydawanie poleceń w codziennej działalności, co pozwoliłoby na uznanie, iż Miasto posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej.

W ocenie składu orzekającego należy odróżnić prowadzenie spraw, czy też podejmowanie decyzji w bieżących sprawach spółki od kontroli nad tymi sprawami, która pozwala uznać, iż pomimo formalnej odrębności od podmiotowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego, Spółka pozostaje elementem samorządowego aparatu organizacyjnego Miasta, wykonującego ustawowo powierzone zadania we własnym zakresie (...)

W ocenie składu orzekającego, w przypadku X będącej spółką w pełni zależną od decyzji właściciela (Miasta), który powołał i może zlikwidować spółkę, określa w statucie jej obowiązki i powierza zadania, taka kontrola zachodzi. Jak wskazał w wyroku z 11.06.2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt XXIII Zs 27/21) zamówienia in-house udzielane są podmiotom zależnym, które w ujęciu funkcjonalnym stanowią element struktury władzy lokalnej. Taki charakter posiadają spółki samorządowe, powoływane w celu realizacji zadań gmin (...)

Należy również podkreślić, iż podejście kapitałowe z punktu widzenia przesłanki dotyczącej sprawowania kontroli wpisuje się w utrwaloną wykładnię, jaką przyjmuje Trybunał, co potwierdzone zostało m.in. w orzeczeniu w sprawie C-328/19 Porin Kaupunki. W pkt 67 motywów wprost znajduje to potwierdzenie w stwierdzeniu, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przesłankę dotyczącą kontroli organu władzy publicznej uznaje się za spełnioną, jeżeli instytucja zamawiająca posiada, samodzielnie lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia. Dalej, w pkt 68 Trybunał wskazał, iż kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje instytucja zamawiająca nad własnymi służbami, może przejawiać się w inny sposób, niż za pomocą podejścia kapitałowego. Następnie Trybunał stwierdził, iż w tzw. modelu „gminy odpowiedzialnej”, gminy będące stronami porozumienia opartego na tym modelu, pomimo faktu, że nie mają one udziałów w kapitale podmiotu in house mogą

wywierać, podobnie jak gmina odpowiedzialna, decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i ważne decyzje podmiotu będącego wykonawcą zamówienia, a tym samym sprawować nad nim skuteczną, strukturalną i funkcjonalną kontrolę.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b

95. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22

Izba uwzględniła zarzut związany ze spełnieniem przesłanki 90% przychodu, jaki X miało osiągać z tytułu powierzonego jej do realizacji zadania własnego gminy (...). Izba uznała, iż dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące instytucji in-house pozwala wskazać na zasadnicze tezy, w świetle których przychód zaliczany na potrzeby wykazania przesłanki 90% musi być powiązany bezpośrednio z realizacją zadania powierzonego przez jednostkę kontrolowaną. W niniejszej sprawie to właśnie położenie akcentu na ten związek prowadziło do uwzględnienia zarzutów odwołania. Zamawiający zaliczył do przychodu z powierzonych X do realizacji zadań tę część, jaką X uzyskuje nie z racji faktycznego świadczenia usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów, ale udziału w organizacji tego zagospodarowania, co następowało w formule ogłaszanych przetargów nieograniczonych na wybór wykonawców usługi. Faktyczna rola X w tym zakresie sprowadzona została do organizatora przetargu i podmiotu pośredniczącego w przekazywaniu środków na wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia usługi podmiotom trzecim, którym zlecane było wykonanie tego świadczenia. X z tytułu wykonania tej części prac zleconych przez podmiot kontrolujący nie otrzymuje wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów (...)

W ocenie Izby sprowadzenie przychodu wyłącznie do ustalenia, czy zagospodarowanie mieści się w zakresie zadania powierzonego w Umowie Wykonawczej do realizacji przez X, bez uwzględnienia sposobu, w jaki zagospodarowanie faktycznie było zapewnione, prowadziło do wypaczenia istoty relacji Miasto – Spółka, jako podmiotu którego zasoby pozwalają na wykonanie powierzonego zadania. Samo sprowadzenie przychodu do kategorii rachunkowej, tj. sposobu prezentacji w dokumentach finansowych, bez powiązania z faktyczną realizacją świadczenia, prowadzi do wypaczenia instytucji in-house i przesłanek wyłączających faktyczny udział w realizacji zadań własnych podmiotów, nad którymi zamawiający nie sprawuje kontroli (...)

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, powierzenie X do realizacji zadania własnego gminy na podstawie Uchwały, w zakresie dotyczącym zagospodarowania odpadów, jedynie w części zakładało samodzielne zabezpieczenie potrzeb Zamawiającego w tym zakresie zasobami własnymi X (...) Przeważająca część tego zadania nie jest i nie była dotąd w praktyce realizowana przez X, jako podmiot zagospodarowujący odpady, tj. przetwarzający odpady w instalacjach własnych. Jednocześnie dla wyliczenia % działalności Zamawiający zaliczył całość środków, jakie na ten cel dotychczas przekazano Spółce, niezależnie od tego, że w dużej części środki na sfinansowanie zagospodarowania odpadów były przekazywane do podmiotów zewnętrznych, co stanowiło ich przychód. Wykonanie zadania własnego gminy wprost powiązane jest w ustawie o samorządzie gminnym ze świadczeniem usług powszechnie dostępnych w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb ludności. W kontekście normatywnym, nie można zatem utożsamiać powierzenia zadania własnego gminy spółce zależnej z dalszym jego przekazaniem do podmiotów zewnętrznych, gdyż zaburzona zostaje relacja jaka jest konieczna dla uznania, iż działalność związana, tu z zagospodarowaniem odpadów, dotyczy wykonywania zadań powierzonych. Tylko w zakresie, w jakim X było w stanie tę usługę wykonać samodzielnie, przychód mógł być zaliczony do wyliczenia wskaźnika procentowego przychodu z realizacji powierzonego zadania (...)

Działalność generująca przychód zaliczany do licznika proporcji w celu wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy musi być bezpośrednio związana z wykonaniem powierzonego zadania jednostki sprawującej kontrolę o jakiej mowa w lit. a. Powiązanie obu przesłanek ustawowych w tym przepisie musi prowadzić do stwierdzenia, iż to podmiot, nad którym jednostka sprawuje kontrolę, realizuje zada-

nie powierzone do wykonania. W sytuacji, gdy realizacja zadania własnego gminy faktycznie kierowana jest do podmiotu zewnętrznego, nad którymi nie zachodzi żaden stosunek kontroli zamawiającego, przychód nie może być zaliczany do przychodu z działalności realizowanej w ramach „struktury wewnętrznej” zamawiającego (...)

W ocenie składu orzekającego do wymaganych 90% działalności X z zadań powierzonych nie powinny być również wliczane przychody osiągnięte przez X ze sprzedaży energii elektrycznej powstałe w związku z zagospodarowaniem odpadów (...) za bezpośrednie powiązanie z realizacją zadań powierzonych nie można uznać powiązania opartego wyłącznie na zasadach rozliczania (...)

Jednocześnie Izba uznała, iż do przychodu z działalności Spółki dotyczącej wykonywania zadań powierzonych wliczany mógł być przychód nie tylko z realizacji zadania uzyskanego przez Spółkę w drodze tzw. „in-house” administracyjnego, ale również przychód z zamówień wykonanych na podstawie zamówienia publicznego (...) W ocenie składu orzekającego istotnym pozostaje to, czy zasadnicza działalność podmiotu zależnego od jednostki samorządu terytorialnego jest związana z wykonywaniem zadań własnym tej jednostki. Z orzeczenia w sprawie C-107/98 Teckal wynika, iż Trybunał dopuszcza możliwość uznania za transakcję o charakterze wewnętrznym również taką, która powstaje pomiędzy niezależnymi formalnie podmiotami, co zawsze musi przybrać postać formalną. Z żadnego z orzeczeń Trybunału nie wynika uzasadnienie dla wyłączenia tego obszaru działalności spółki zależnej, jaki jest wynikiem uzyskanych zamówień publicznych, jeżeli pozostaje on w związku z realizacją zadań powierzonych w akcie założycielskim. W ocenie składu orzekającego fakt, iż realizacja zadania następuje w drodze umowy zawartej w procedurze otwartej nie wpływa w żaden sposób na ustalenie, że przychód z tej umowy dotyczy wykonania zadania powierzonego w akcie założycielskim spółki. Niezależnie od formuły w jakiej dochodzi do realizacji świadczenia usługi, istotnym z punktu widzenia przesłanki „in-house” pozostaje ustalenie istnienia relacji zależności pomiędzy podmiotami oraz związku działalności spółki z zadaniami powierzonymi w akcie założycielskim.

96. Wyrok z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3483/22

W ocenie Izby Odwołujący błędnie wywodzi z brzmienia przywołanych przepisów, iż obowiązek spełnienia przesłanek, w tym przesłanki określonej w punkcie b, wiązać należy z momentem opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Dostrzeżenia wymaga, co podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że ogłoszenie takie może zostać opublikowane z dużym wyprzedzeniem przed datą wskazaną jako rozpoczęcie wykonywania na rzecz danego zamawiającego określonego świadczenia. Nic nie stoi na przeszkodzie, by ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikować przykładowo na początku roku kalendarzowego, podczas gdy samo rozpoczęcie świadczenia planowane jest na koniec takiego roku. Ustawodawca w art. 216 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się terminem granicznym, ale w odniesieniu do najkrótszego okresu od ogłoszenia do zawarcia umowy, który nie może być krótszy niż 14 dni. Natomiast przepis nie odnosi się do okresu początkowego. Oznacza to w ocenie Izby, iż wywoływanie, że już w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy muszą być spełnione przesłanki określone w art. 214 ustawy Pzp pozbawione są racjonalności. Tym samym data zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z punktu widzenia potwierdzenia spełnienia przesłanek określonych w przepisie jest dla tych przesłanek irrelevantna. Odwołujący błędnie utożsamia w ocenie Izby treść art. 214 ust. 4 ustawy Pzp z obowiązkiem wykazania przesłanek w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Przywołana regulacja po pierwsze wskazuje, że spełnianie przesłanek musi występować przez cały okres trwania umowy, co wcale nie oznacza konieczności postawienia znaku równości między momentem zamieszczenia ogłoszenia a momentem zawarcia umowy. Po drugie zaś cała pozostała treść przepisu odnosi się do elementu przyszłości, nakazując zamawiającym, by po upływie każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy zamieszczali w odpowiednim publikatorze ogłoszenie potwierdzające spełnienie przesłanek. Przepisy tym samym wskazują, że przesłanki muszą być spełnione podczas wykonywania umowy a nie w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Zdaniem Izby Odwołujący w zarzutach odwołania pomija okoliczność, że zamawiający może udzielić

zamówienia in house także podmiotowi, który został utworzony lub rozpoczyna działalność. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób wówczas ten podmiot miałby wykazać spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11b ustawy Pzp w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Wnoszący odwołanie nie kwestionuje bowiem, że udzielenie zamówienia takiemu podmiotowi jest możliwe. Gdyby było tak, że już w momencie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy podmiot musiałby spełnić przesłankę, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, to zastosowanie trybu in house nigdy nie byłoby możliwe. Sam Odwołujący na rozprawie podkreślał, że w sytuacji, gdy 90% działalności polega na wykonywaniu zadań powierzonych, nie jest konieczne podpisywanie umowy, a zadania takie mogą być określone choćby w statucie danego podmiotu. Przykład ten obrazuje brak logiki w wywodach odwołania. Jeśli zamawiający kontroluje podmiot a ten wykonuje na jego rzecz 90% działalności, to korzystanie z trybu in house pozbawione jest racji bytu. Do takiej sytuacji zarzuty odwołania już się nie odnoszą. (...)

Izba podkreśla, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie wymaga, aby w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy miały znajdować się informacje źródłowe, w oparciu o które sporządzono prognozę. Z przepisów art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp wynika, w jaki sposób zamawiający mają obliczyć obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b. Przy wyliczeniach uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Regulacje te nie odnoszą się wcale do wykonywanej działalności komercyjnej, a wręcz odwrotnie, koncentrują się na pokazaniu przychodów nie związanych z działalnością komercyjną. Ponadto ustawodawca nie wymaga, by wyliczenia będące podstawą sporządzenia prognozy były częścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Sam dokument prognozy w przedmiotowym postępowaniu może być powiązany z dokumentem będącym analizą potrzeb sporządzoną przez Zamawiającego w trybie art. 83 ustawy Pzp i wyliczeniem wartości zamówienia, których Odwołujący nie zakwestionował. Zarówno dane wynikające z prognozy oraz okoliczności związane z powstaniem wyliczeń znalazły się w treści ogłoszenia. Nie można również pominąć okoliczności, że Zamawiający bazuje na wariancie wyrażonym w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, czyli podaje, że dokonał reorganizacji działalności, stąd dane historyczne do stworzenia prognozy nie są adekwatne. (...) art. 214 ust. 6 ustawy Pzp odnosi się do przeprowadzonej przez zamawiającego reorganizacji działalności i proces ten wiąże z nieadekwatnością danych. Nawet gdyby przyjąć, że w sprawie nie mamy do czynienia z klasycznym podziałem opisanym przez przepisy kodeksu spółek handlowych a z wydzieleniem, przy którym spółka, z której wydzielono inny podmiot w dalszym ciągu istnieje a jej historia sprzed czynności podziału nie ulega jakiegokolwiek zmianie, podobnie jak dane ewidencyjne i księgowe zebrane i opracowane do dnia podziału, to w ocenie Izby ten proces czyni dane historyczne właśnie nieadekwatnymi. Tym bardziej, że owo „wydzielenie” polegało na transferze majątku, zobowiązań i wierzycielności na nowy tworzony podmiot. Tymczasem Odwołujący wymaga, by prognoza bazowała na danych, które w momencie tworzenia prognozy podmiotu, z którego wyodrębniono nową spółkę, już tego podmiotu nie dotyczą. Zdaniem Izby właśnie przez proces reorganizacji działalności konieczne jest posłużenie się stworzeniem wiarygodnej prognozy ekonomicznej. W ocenie Izby ustawodawca w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp przewidział co najmniej dwa warianty: pierwszy związany z dniem utworzenia lub rozpoczęcia działalności, gdzie dane do prognozy są niedostępne oraz wariant drugi, gdzie przez reorganizację działalności dane są nieadekwatne. (...) Istotą problemu jest właśnie brak wykonywania działalności na rzecz Zamawiającego w wymaganej wielkości procentowej, stąd konieczne jest przeprowadzenie reorganizacji działalności. Izba nie znalazła podstaw prawnych, tak w prawie krajowym, jak również unijnym, z których wynikałoby, że skoro możliwe jest udzielenie zamówienia podmiotowi nowo tworzonemu, który nie ma doświadczenia w wykonywaniu zadań związanych z gospodarką komunalną, to dlaczego miałyby być niemożliwe udzielenie takiego zamówienia podmiotowi, który takie doświadczenie posiada, a przez dokonanie reorganizacji osiągnie próg 90%. (...) Przepisy nie określają poziomu szczegółowości sporządzanej prognozy ani nie wprowadzają obowiązku opiniowania jej przez biegłego rewidenta, audytora, czy

inny organ. (...) Ustawodawca w przepisach odnoszących się do zamówień typu in house nie wprowadził dodatkowych regulacji wyjaśniających zakres pojęciowy procesu reorganizacji. Warto także podkreślić, że posłużono się sformułowaniem „reorganizacja działalności”, co w ocenie Izby jest pojęciem szerszym niż samo słowo „reorganizacja”. Izba podziela twierdzenia Przystępującego, że w przedmiotowym postępowaniu reorganizacja polegała na zmianie profilu jego działalności, przy czym ta zmiana profilu miała charakter podmiotowo- przedmiotowym. Określony podmiot będzie bowiem wykonywał wskazane usługi na rzecz tylko jednego zamawiającego. (...)

Niewątpliwie, to na zamawiającym spoczywa obowiązek dopełnienia formalności związanych z zamieszczeniem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy o treści wymaganej przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi do ustawy. Ogłoszenie to powinno zawierać między innymi krótki opis przedmiotu zamówienia, podanie trybu udzielenia zamówienia, w tym wskazanie podstawy prawnej, a także podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W tym ostatnim punkcie zamawiający zobowiązany jest zamieścić taką treść, która potwierdzać będzie istnienie przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki. Ma to na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy wymagane przepisami ustawy Pzp przesłanki zostały spełnione. W trybach „niekonkurencyjnych” bowiem to właśnie treść ogłoszenia decyduje choćby, czy istnieją podstawy do korzystania ze środków ochrony prawnej. Ogłoszenie takie jest pierwszym źródłem podstawowych informacji związanych z zastosowaniem trybu. W ogłoszeniu należy także podać nazwę wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia. Dostrzeżenia jednakże wymaga, iż umieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w publikatorze - Biuletynie Zamówień Publicznych, wiąże się z obowiązkiem przestrzegania zasad dla danego publikatora. Jednym z ograniczeń występujących w oficjalnych publikatorach, w których zamieszczane są ogłoszenia jest właśnie liczba znaków do wykorzystania w danej sekcji. Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w Sekcji IV ogłoszenia związanej z wybranym trybem, skorzystał on z maksymalnej liczby znaków dopuszczonej w publikatorze i jednocześnie zaznaczył, że dodatkowe informacje zamieszczone będą w Sekcji VI – Informacje dodatkowe. Również przy wypełnianiu tej sekcji Zamawiający wykorzystał dostępną liczbę znaków. Zdaniem Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego wyczerpuje przesłankę podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wyboru trybu z wolnej ręki. Wzory ogłoszeń nie przewidują możliwości dołączenia do ogłoszenia załączników, a więc Zamawiający przekazał tyle informacji bazowych z prognozy, na ile pozwalał mu formularz.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c

97. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22

Przedmiot zamówienia obejmować będzie transport odpadów – ich przemieszczenie z miejsca wytworzenia do miejsca odzysku, unieszkodliwiania lub miejsca ich gromadzenia i jest nierozzerwalnie związany z odbiorem odpadów (...) Izba uznała, iż transport odpadów, niezależnie od tego, czy kończy się bezpośrednio na instalacji, czy też zrealizowany zostanie od stacji przeładunkowej do instalacji, stanowi główny przedmiot zamówienia (...) W sytuacji gdy Zamawiający ma świadomość potrzeby zabezpieczenia usługi transportowej umowami zawieranymi z podmiotami zewnętrznymi, decyzja o wyborze formuły in-house do wykonania zadania własnego gminy nie może być uznana za dopuszczalną (...) Ponieważ Zamawiający od początku dopuszczał konieczność kierowania transportu odpadów do podmiotów zewnętrznych, co było podyktowane sytuacją faktyczną X, która ogłasza przetargi na transport odpadów, jakie X dotychczas odbierała, akceptacja decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, oznaczałaby zgodę na naruszenie warunków in-house, których istota zawiera się w konieczności wykorzystania własnych zasobów do realizacji zamówienia.

Art. 222 ust. 4

98. Wyrok z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 755/22

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający najpóźniej przed otwarciem ofert, podaje na stronie internetowej prowadzonego postępowania kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania. Kwoty tej nie należy przy tym utożsamiać z ustaloną wartością zamówienia, gdyż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, która to kwota uwzględniona jest w planowanych (zamierzonych) wydatkach. Kwota ta wynika z możliwości finansowych Zamawiającego określonych w jego planie finansowym lub innym spełniającym te funkcje dokumencie. Zamawiający, zamieszczając informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie danego zamówienia, zobowiązuje się do wyboru oferty najkorzystniejszej, pod warunkiem, że zaoferowana cena lub koszt nie przekracza podanej przez niego kwoty. Kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, odpowiada bowiem faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości. Kwota ta jest kwotą o charakterze minimalnym, co oznacza, że Zamawiający może dokonać korekt wydatków w swoim planie finansowym. A tym samym możliwe jest jej zwiększenie.

Art. 223 ust. 1

99. Wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3306/22

W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, zgodnie z którym kwestia prawidłowości wniesienia wadium nie może być przedmiotem wyjaśnień, a tym bardziej wadium nie może być uzupełnione, w tym także w zakresie treści gwarancji wadialnej (por. wyrok KIO 2179/16 z dnia 30.11.2016 r.). Wynika to też z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, w którym wskazano, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Tymczasem w niniejszym postępowaniu dopiero w wyniku zapytania skierowanego do Gwaranta, zamawiający uzyskał informację o posiadaniu przez niego wiedzy o tym, że oferta została złożona przez konsorcjum składające się z X oraz Y, a także uzyskał zapewnienie, że „wskazana w Gwarancji kwota 500.000,- zł zostanie wypłacona Zamawiającemu (...) Również dopiero w wyniku wymiany korespondencji z przystępującym zamawiający uzyskał umowę konsorcjum i zapewnienie, że Gwarant wiedział o złożeniu oferty przez obu wykonawców wspólnie. W związku z tym należy podkreślić, że informacja o zabezpieczeniu oferty złożonej przez konsorcjum i realizacji zobowiązań Gwaranta w przypadku działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów powinna wynikać już z treści gwarancji złożonej wraz z ofertą. Informacja ta nie powinna być przedmiotem domysłów zamawiającego i nie może być uzupełniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem przekazanie przez przystępującego i Gwaranta ww. informacji w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, stanowiło w istocie uzupełnienie gwarancji o treści wcześniej w niej nie występujące. Już tylko z tego powodu ww. informacje przekazane zamawiającemu w toku postępowania nie mogą być uwzględnione przy ocenie prawidłowości wniesienia wadium przez przystępującego.

Po drugie, należy zauważyć, że gwarancja ma charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny, na co wskazał też Sąd Najwyższy w ww. wyroku z dnia 15.02.2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17. Oznacza to, że przy jej stosowaniu nie można odwoływać się do innych stosunków prawnych leżących u podstaw jej udzielenia, a w efekcie ocena treści gwarancji nie może opierać się na treści innych dokumentów niż sama gwarancja. Powyższe prowadzi do wniosku, że dla oceny gwarancji złożonej w niniejszym postępowaniu nie mają znaczenia dokumenty uzyskane dodatkowo przez zamawiającego w toku postępowania (...) nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza możliwość dokonywania jej oceny z pomocą innych dokumentów wynikających z innych stosunków prawnych. Sama treść gwarancji musi być zatem jasna i jednoznaczna i musi potwierdzać bezwarunkowe i nieodwołalne zabezpieczenie oferty, bez uciekania się do innych

dokumentów. Powyższe potwierdza ww. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.05.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 31/21 (...) Jak już wyżej wskazano, w treści gwarancji wystawionej dla X nie ma postanowień wskazujących na zabezpieczenie oferty złożonej także przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, a abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza możliwość wywiedzenia takiej informacji z innych dokumentów.

Po trzecie, o skuteczności zabezpieczenia oferty nie świadczą w tym wypadku także postanowienia gwarancji o wypłaceniu gwarantowanej kwoty bezwarunkowo i nieodwołalnie. Należy bowiem zauważyć, że bezwarunkowe działanie Gwaranta może obejmować wyłącznie to, do czego zobowiązał się on w treści gwarancji. Jeżeli jego zobowiązanie nie dotyczy działania lub zaniechania danego wykonawcy, to nie będzie on zobligowany do wypłacenia kwoty gwarantowanej w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp z przyczyn dotyczących tego wykonawcy, mimo zawartych w gwarancji postanowień o jej bezwarunkowym charakterze. Powyższe zostało też jasno wskazane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w ww. wyroku z dnia 27.02.2019 r. sygn. akt XII Ga 555/18 (...) W niniejszej sprawie zobowiązanie się Gwaranta do bezwarunkowego działania nie oznacza zatem, że zaspokoi on zamawiającego w razie zaistnienia okoliczności wynikających z działania bądź zaniechania wykonawcy Y.

Art. 223 ust. 2 pkt 1

100. Wyrok z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1357/22

Należy zauważyć, że ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, cytowanym następnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21 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 procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty, rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne było, że wykonawca X wskazał w Formularzu oferty cenę brutto za realizację zamówienia ... zł., podczas gdy cena za realizację zamówienia, podana w Formularzu cenowym to ... zł. Należało zatem ustalić, czy i który z tych dwóch Formularzy, składających się na ofertę, został przez X wypełniony błędnie. W ocenie składu orzekającego analiza dokumentów zamówienia oraz oferty X prowadzi do jednoznacznego i oczywistego wniosku, że błąd w ofercie X nastąpił podczas wpisywania w portalu zakupowym kwot netto i brutto za realizację zamówienia. (...)

W myśl cytowanych zapisów wykonawca w pierwszej kolejności miał dokonać wyliczenia ceny oferty, na podstawie Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ, który miał zostać przez niego wypełniony, a następnie jako plik w formacie PDF był podpisywany przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy i przekazywany zamawiającemu. Następnie kwota z Formularza cenowego miała zostać przeniesiona do Formularza ofertowego, który był przygotowywany i składany w Systemie zakupowym Y. W konsekwencji zamawiający prawidłowo ustalił, że wykonawca X w pierwszej kolejności dokonał prawidłowego wyliczenia ceny oferty (zgodnie z działaniami arytmetycznymi) w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ, a następnie popełnił błąd, przenosząc tą kwotę do Formularza oferty. Sposób poprawienia omyłki w ofercie X był zatem zgodny z treścią dokumentów zamówienia. Izba dostrzegła wprawdzie, że obydwa formularze (cenowy i ofertowy) składały się na jedną ofertę, jednakże

nie sposób pomijać w tym przypadku instrukcji zawartej w pkt 23.3 SWZ, który precyzował który z formularzy stanowi podstawę wyliczenia ceny oferty. Z łatwością można było więc w tym przypadku ustalić, na podstawie którego z dokumentów wykonawca dokonywał obliczenia ceny oferty, a ta kalkulowana była w oparciu o dane zawarte w Formularzu cenowym. Z kolei efekt tej kalkulacji, w postaci wyliczonej ceny, miał być przeniesiony do Formularza oferty, składanego w Systemie zakupowym Y.

Nie doszło zatem do zmiany treści oświadczenia woli X, gdyż na skutek czynności zamawiającego cena oferty tego wykonawcy została ustalona zgodnie z tym, co wynikało z wyliczenia, którego wykonawca dokonał w Załączniku nr 7 do SWZ. (...) Z taką właśnie oczywistą omyłką mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, i bez znaczenia pozostaje tutaj kwestia tego, czy przedmiotową omyłkę należało zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską czy też inną omyłkę, polegającą na braku zgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w jej treści. Rezultat dokonanej poprawy mógł być tylko jeden taki, który prowadził do poprawienia ceny oferty w Formularzu oferty, ustalonej i wyliczonej w oparciu o kalkulację sporządzoną w Formularzu cenowym. Z kolei wymóg wyrażenia zgody wykonawcy w przypadku, gdy mamy do czynienia z omyłką opisaną w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za spełniony, gdyż w złożonym w toku postępowania zamawiającemu oświadczeniu z dnia 27 maja 2022 r. X potwierdził, że błąd popełniony został podczas wpisywania kwot w portalu zakupowym, z kolei wyliczenie dokonane w Formularzu cenowym zostały wyliczone i przedstawione prawidłowo. Wykonawca zadeklarował także, że zgadza się na poprawienie omyłki i podtrzymuje złożoną w postępowaniu ofertę.

Art. 223 ust. 2 pkt 2

101. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22

Ugruntowanym poglądem w orzecznictwie jest, że z oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, gdy w ofercie znajdują się błędy wynikające z nieprawidłowego dokonania pewnych obliczeń. Oczywiste omyłki rachunkowe to błędy powstałe na skutek niezamierzonego działania wykonawcy w działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Oczywistość omyłki rachunkowej powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Ponadto, aby dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający powinien mieć w treści oferty oraz SWZ wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z oczywistą omyłką rachunkową, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Przystępujący dokonał błędnego działania arytmetycznego polegającego na przemnożeniu w poz. 6 tabeli zawartej w formularzu ofertowym ceny jednostkowej brutto za jeden Punkt Funkcyjny (IFPUG) w kwocie 43,06 zł przez liczbę maksymalną Punktów Funkcyjnych, tj. 2500 szt., wskazując jako cenę łączną za tę pozycję kwotę 107 625,00 zł, zamiast 107 650 zł. W konsekwencji błędnie dokonano także kolejnego działania arytmetycznego, tj. sumowania cen łącznych brutto dla każdej z pozycji tabeli, które razem dawać miały cenę całkowitą oferty – cena całkowita wskazana w ofercie wynosiła 1 990 632 zł, zamiast 1 990 657 zł. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, jakoby Zamawiający samodzielnie miał wybrać jeden z dwóch sposobów poprawienia tej omyłki. Zamawiający poprawił omyłkę w ofercie w taki sposób, jaki wynikał wprost z treści Formularza oferty – tj. w oparciu o wskazany tam w opisie kolumny 5 algorytm („ $5=3 \times 4$ ”), mnożąc wskazaną cenę jednostkową (kolumna 3) przez liczbę punktów funkcyjnych (kolumna 4). Zamawiający był w stanie uzyskać wszelkie niezbędne informacje do poprawienia omyłki w oparciu o treść oferty oraz postanowienia SWZ. Nie mamy tu do czynienia z błędnym ustaleniem stanu faktycznego czy prawnego przez wykonawcę i przyjęciu niewłaściwych – w świetle treści SWZ czy obowiązujących przepisów prawa - podstaw dokonywanej kalkulacji ceny ofertowej, a tym samym nie zachodzi tu błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Na prawidłowość działania Zamawiającego nie wpływa fakt, że w efekcie poprawienia omyłki w poz. 6 tabeli zawartej w Formularzu oferty doszło do poprawienia także ceny całkowitej oferty. Art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje wprost, że poprawienie w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych następuje z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zamawiający zobowiązany jest zatem poprawić także dalsze nieprawidłowe wyniki działań arytmetycznych w ofercie wykonawcy, które są skutkiem popełnionej oczywistej omyłki rachunkowej. W tym wypadku Zamawiający musiał poprawić także cenę całkowitą oferty, jako że cena łączna z poz. 6 tabeli była jednym z siedmiu składników, które po zsumowaniu dawały cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia.

102. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3400/22

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie Izby, co również podniósł Odwołujący w treści odwołania, z oczywistą omyłką rachunkową będziemy mieć do czynienia, gdy po pierwsze w treści oferty Zamawiający ma wszelkie niezbędne dane do jednoznacznego ustalenia, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne. Ponadto oczywista omyłka rachunkowa to niezgodność 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. (vide: np. stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 22 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1662/21). Zatem istotą oczywistej omyłki rachunkowej jest to, iż powstaje ona na skutek błędu w przeprowadzeniu działania matematycznego. Ponadto podkreślić należy, że powinien istnieć jeden sposób poprawienia omyłki. W sytuacji, gdy istnieje więcej niż jeden sposób poprawienia omyłki, co wpływa np. na cenę oferty, zamawiający nie może samodzielnie decydować o tym, w jaki sposób poprawić taką omyłkę. W szczególności, nieuprawnione jest twierdzenie, że zamawiający powinien wówczas przyjąć możliwość poprawienia dającą korzystniejszy wynik dla wykonawcy. W takiej sytuacji, w ocenie Izby, konieczne może okazać się rozważenie, czy nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty.

Art. 223 ust. 2 pkt 3

103. Wyrok z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 85/22

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. (...) [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

104. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2000/22

W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, gdyż kierując się zasadą a maiori ad minus zamawiający miał pewność co do

woli wykonawcy zaoferowania przedmiotu zamówienia w ilości przewidzianej przez zamawiającego, tj. zakres przedmiotowy oferty pokrywał zapotrzebowanie zamawiającego, wystąpiła jedynie omyłka polegająca na zawyżeniu tej ilości przez odwołującego. Nie jest to, w ocenie Izby, istotna zmiana treści oferty, gdyż nie dotyczy elementów, które miałyby wpływ na realizację zamówienia. Przyjmując zatem, że wolą wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia w odpowiedniej ilości, brak było podstaw do twierdzenia, że są to omyłki istotne, tym bardziej, że odwołujący otrzymując zawiadomienie od zamawiającego o dokonaniu takiej czynności przez zamawiającego może (uwzględniając kalkulację własną związaną z rentownością zamówienia) nie wyrazić zgody na taką czynność zamawiającego (przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp). Jednakże decyzja w tym względzie pozostaje po stronie wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony a priori do podejmowania decyzji za wykonawcę.

105. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2202/22

Podkreślić należy, iż poprawienie oferty Przystępującego w sposób w jaki uczynił to Zamawiający doprowadziło do merytorycznych zmian w jej treści, bowiem zmieniło oświadczenie woli Wykonawcy dotyczące przedmiotu świadczenia, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert. W okolicznościach sprawy zmiana jednej cyfry na drugą w numerze katalogowym produktu determinowała rodzaj oferowanego produktu, przy czym tylko jeden z nich był zgodny z wymogami Zamawiającego. Tym samym w rozpoznawanym przypadku poprawa oferty Przystępującego w sposób w jaki uczynił to Zamawiający stanowiła istotną zmianę w zakresie przedmiotu oferowanego produktu i stanowiła wyraz dostosowania treści oferty Przystępującego do wymogów specyfikacji warunków zamówienia, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Powyższe z kolei wyklucza możliwość poprawienia oferty Przystępującego także na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 224 ust. 1

106. Wyrok z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 123/22

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. (...). Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), o czym będzie mowa poniżej. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne. Zdaniem Izby odrzucenie oferty, nawet z powołaniem się na przepisy o odrzucaniu ofert z powodu niezgodności z ustawą, błędu w obliczeniu ceny, czy nieważności na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji, w której zarzuty te de facto sprowadzały się do niedoszacowania ceny ofertowej przystępującego, stanowiłoby obejście przepisu art. 224 ustawy Pzp i miałoby charakter zakazanego, automatycznego odrzucenia oferty z powodu zaniżenia ceny, bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

107. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 396/22

Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający winien zatem wezwać

wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Oczywiście ocena Zamawiającego będzie zawierać pewien element subiektywny. Niemniej granicą tej subiektywnej oceny jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej i za każdym razem kwestia ta będzie oceniana indywidualnie w odniesieniu do okoliczności faktycznych. W niniejszej sprawie, będącej przedmiotem oceny w tymże postępowaniu odwoławczym, Zamawiający mając na uwadze wyrównany poziom cen złożonych ofert miał prawo takich wątpliwości nie powziąć, a Odwołujący nie przywołał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby powzięcie takich wątpliwości.

108. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2105/22

Niewątpliwie formułując zarzut naruszenia w/w regulacji należy wykazać w pierwszej kolejności, że kwestionowany element wyceny przedmiotu zamówienia stanowi istotną część składową ceny. Ta istotność może być wykazana bądź to poprzez odniesienie się do procentowego udziału w kosztach realizacji zamówienia bądź do znaczenia danego elementu w procesie realizacji zamówienia. Sam zamawiający ma możliwość określenia w SWZ takich istotnych elementów bądź to poprzez przypisanie takim elementom istotnego znaczenia w sposobie rozliczenia z wykonawcą czy też kryteriach oceny ofert. Innymi słowy, wykazanie, że zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny istotnej części składowej ceny wymaga sprecyzowania charakteru kwestionowanych usług, dostaw czy robót z punktu widzenia ich istotności w procesie realizacji potrzeb zamawiającego w danym postępowaniu.

109. Wyrok z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2570/22

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia ww. przepisów Odwołujący oparł na przyczynach czysto formalnych – przede wszystkim na tym, że Zamawiający w sposób nieuprawniony trzykrotnie wzywał Przystępującego do wyjaśnień. Jak wskazał Odwołujący źródłową wadliwość procedury wyjaśniającej było jej kontynuowanie przez Zamawiającego po złożeniu przez Przystępującego pierwszych wyjaśnień. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska. Podkreślić należy, iż ustawodawca wyposażył instytucje zamawiające w narzędzia pozwalające w przypadku powstania wątpliwości uzyskać od wykonawcy informacje niezbędne do dokonania kompleksowej oceny oferty, takie jak wyjaśnienia treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), czy wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny ofertowej lub jej istotnych części (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji ani co do liczby wezwań, jakie można skierować do wykonawcy, ani co do sposobu formułowania tych wezwań. W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, iż dokonywana przez Izbę ocena prawidłowości działań Zamawiającego polegających na kierowaniu do wykonawcy kolejnych wezwań, determinowana jest treścią tych wezwań oraz udzielanych na nie odpowiedzi. Jest to zatem ocena indywidualna, uzależniona od okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. Możliwe jest skierowanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień na przykład w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do wyceny, czy też, gdy wykonawca złożył rzetelne wyjaśnienia, lecz na ich gruncie pojawiły się dalsze

pytania czy wątpliwości wymagające doprecyzowania. Podkreślić jednak należy, że wezwanie wykonawcy do doprecyzowania wyliczeń ceny ofertowej czy uszczegółowienia wyjaśnień nie musi świadczyć o tym, że udzielone już wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe czy niekonkretne (tak m.in. Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21, 121/21).

110. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3074/22

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza źródeł, z których mogą pochodzić informacje uzasadniające wątpliwości zamawiającego, dotyczące prawidłowości istotnego elementu składowego ceny oferty. Mogą to być zarówno informacje pochodzące z innych ofert, złożonych w tym lub innych postępowaniach, doświadczenie zamawiającego zdobyte przy realizacji tożsamyh czy podobnych zamówień, znajomość cen przez zamawiającego, którą posiada z uwagi na to, że sam nabywa podobne dostawy, usługi czy roboty budowlane, ale też źródłem wątpliwości mogą być inne dokumenty, składane w toku postępowania, zarówno przez samego wykonawcę, jak też inne podmioty. Treść wskazanej regulacji nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby źródłem wątpliwości, dotyczących wysokości stawki za transport mogły być także informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, które zostały zamawiającemu złożone przez odwołującego w dniu 26 września 2022 r.

Co więcej, w ocenie Izby, zamawiający wręcz był zobligowany, aby informacje te przeanalizować i nie powinien ich zignorować, jeśli prowadziły do wniosku, że sporządzona przez odwołującego kalkulacja rodzi domniemanie występowania rażąco niskiej ceny w zakresie istotnej części składowej ceny jego oferty. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp kierowany jest do zamawiającego, gdyż użyte w nim zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi, które zostały wprowadzone przez ustawodawcę, aby dać zamawiającemu szerokie możliwości działania. Przepis ten zatem stanowi podstawę do wezwania do wyjaśnień, z którego może skorzystać zamawiający w uzasadnionych sytuacjach, gdy po jego stronie powstaną wątpliwości co do tego, że dany wykonawca zaoferował cenę, za którą rzeczywiście będzie mógł wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie jednak wskazania wymaga, że regulacja ta, w niektórych sytuacjach, wręcz nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Jak każdy inny przepis ustawy Pzp może zostać przez zamawiającego naruszony, a inne podmioty mogą złożyć odwołanie do Krajowej Izby odwoławczej zarzucając, że zamawiający, który zaniechał takiego wezwania, naruszył zasady prowadzonego postępowania. W tych przypadkach najczęściej źródłem wątpliwości są informacje o cenach, czy ich istotnych częściach składowych, przekazywane w toku postępowania przez innych wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie. Zamawiający, w takich wypadkach, powinien przeanalizować wskazywane tam okoliczności, a następnie, jeśli uzna je za zasadne - skierować do wykonawcy stosowne wezwanie.

Skład orzekający w niniejszej sprawie pragnie jednocześnie zauważyć, że nie istnieje przepis ustawy Pzp, który zakazywałby zamawiającemu, wzięcie pod uwagę dokumentu, treść którego wskazuje na to, że sporządzona przez wykonawcę w postępowaniu kalkulacja może budzić wątpliwości pod względem jej rzetelności czy realności przyjętych do wyceny założeń. Taki zakaz nie wynika w szczególności z treści wskazywanego przez odwołującego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który jak już była mowa, w niektórych okolicznościach wręcz nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Tym samym, zarówno treść wyjaśnień i powstałe w związku z nią wątpliwości, które co należy podkreślić nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w poprzednio wydanym orzeczeniu, podobnie jak kwestie zgłoszone w piśmie innego wykonawcy, jakie wpłynęło do zamawiającego 4 listopada 2022 r., mogły stać się podstawą do skierowania do odwołującego nowego wezwania do wyjaśnień, tym razem w zakresie istotnej części składowej ceny.

111. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3393/22

Izba wzięta pod uwagę, że za cenę rażąco niską należy uznać cenę, która nie wystarcza na pokrycie kosztów świadczenia usługi, przy czym chodzi tu o pokrycie kosztów występujących u danego wykonawcy. Jak słusznie zauważa przystępujący koszty te mogą być różne u różnych wykonawców z uwagi na przyjęty przez nich model organizacji pracy, sposób zatrudnienia, status przedsiębiorstwa i jego skalę. Odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 ustawy nie ma zastosowania w tej sprawie. W spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie podejrzewał oferty przystępującego o to, że zawiera cenę rażąco niską i nie wzywał przystępującego do złożenia w tym przedmiocie wyjaśnień. Tym samym przedmiotem dowodzenia w tym postępowaniu nie jest dowód, że oferta przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, ale dowód, że zamawiający mimo różnic w cenach ofertowych i wartości szacunkowej zamówienia nieuzasadniających obligatoryjnego wezwania powinien być mieć wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną przez przystępującego cenę. Taka okoliczność nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu i powinna być wykazana przez odwołującego. Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów osobowych oferty, ale nie wykazał, że jest to jedyny możliwy wariant kalkulacji ceny ofertowej, nie wyjaśnił ani w odwołaniu na rozprawie wątpliwości zgłaszanych przez przystępującego, co do przyjętych przez niego kosztów wynikających z długości urlopów, absencji chorobowych, przyjętych etatów nadzoru, składek wypadkowych, kosztów Funduszy, czy Planów kapitałowych, BHP, czy HR. W ocenie Izby ten brak powoduje, że nie można uznać, że kalkulacja przyjęta przez odwołującego jest kalkulacją minimalnych kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia. Stanowisko odwołującego, że to przystępujący powinien przedstawić własną kalkulację, w sytuacji, gdy ciężar dowodowy spoczywał na odwołującym jest nieprawidłowe i nie sanuje braków dowodowych po stronie odwołującego (...) przepis art. 224 ust. 1 ustawy jest to przepis adresowany do zamawiającego. Przepis ten pozostawia zamawiającemu ocenę, czy dana oferta budzi jego wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Aby wykonawca mógł skutecznie wykazać zamawiającemu, że takie wątpliwości istniały powinien wykazać, że nawet najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach nie może być pokryty za zaoferowaną cenę.

112. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3374/22

Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek. Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. (...) Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. (...) Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty.

Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. W okolicznościach sprawy to nie Zamawiający ma wątpliwości co do stawek zaoferowanych przez Przystępującego, a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu. Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, iż przedmiotem wyjaśnień winny być stawki zaoferowane przez Przystępującego i winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Art. 224 ust. 2 pkt 1

113. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2105/22

Zadaniem Izby, skoro przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp adresowany jest do zamawiającego, bowiem dotyczy on obowiązku zamawiającego dotyczącego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to odniesienie do „okoliczności oczywistych” należy odnieść do wiedzy zamawiającego i znanych mu okoliczności, które uzasadniają odstąpienie do wymogu wezwania. Takie okoliczności oczywiste mogą wynikać z doświadczenia zamawiającego z poprzednich postępowań, ogólnie dostępnych informacji dotyczących rynku czy też sytuacji ekonomicznej, specyficznych uwarunkowań danego wykonawcy, znanych zamawiającemu i możliwych do potwierdzenia w sposób obiektywny w przypadku sporu związanego z odstąpieniem od wezwania. Niezależnie do źródła czy rodzaju okoliczności jakie uzasadniały odstąpienie od skierowania wezwania do wykonawcy, zamawiający zawsze winien w sposób precyzyjny wskazać takie okoliczności i uzasadnić ich oczywisty charakter. Zdaniem Izby, nie ma podstaw, aby wyłącznie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zawężyć wyłącznie do okoliczności oczywistych i powszechnie znanych każdemu wykonawcy działającemu na rynku. To zamawiający dokonuje badania i oceny oferty wykonawcy w zakresie prawidłowości wyceny kosztów za realizację zamówienia. Tym samym to okoliczności znane i oczywiste dla zamawiającego mogą uzasadniać odstąpienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Art. 224 ust. 5 i 6

114. Wyrok z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1029/22

Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W tym miejscu Izba wskazuje, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy Pzp). Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru dowodu wykonawca zarzucający zama-

wiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, jak również przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

115. Wyrok z dnia 22 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2031/22

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zaś powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynikało bowiem z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

116. Wyrok z dnia 8 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3105/22

Należy wskazać, że profesjonaliści jakim niewątpliwie są wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinni mieć świadomość, iż kierowane do nich wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku — dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów niepopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą Przystępującego jest udowodnienie przed Izbą, że złożone wyjaśnienia były prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą była prawidłowa. Przystępujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznaną zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informację. Zatem, przedstawione wraz ze zgłoszonym przystąpieniem dodatkowe argumenty winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 par. 2 Kodeksu cywilnego), Przystępujący wi-

nien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przestanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 ustawy Pzp.

117. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3464/22

Istotą bowiem przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (będącej podstawą wezwania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu) jest wątpliwość zamawiającego, jaką wzbudziła cena ofertowa wzywanego wykonawcy. Skoro zatem zamawiający powziął takie wątpliwości, to zadaniem wykonawcy jest wyjaśnienie zamawiającemu, że takich wątpliwości nie powinien mieć, uzasadniając szczegółowo jakie okoliczności uprawniały wykonawcę do zaoferowania ceny za przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, niewłaściwe jest twierdzenie, które prezentuje przystępujący, iż ogólnikowość wezwania pozwalała mu na równie ogólnikowe wyjaśnienia. Nie taki jest bowiem cel omawianego przepisu. To na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar obalenia domniemania zamawiającego w taki sposób, który nie będzie prowadził do odrzucenia oferty wykonawcy. Prawdą jest stanowisko prezentowane przez odwołującego i przystępującego, że nie ma jednolitego wzorca, którym mogliby kierować się wykonawcy składający takie wyjaśnienia. Wzorzec taki byłby niemożliwy do ustalenia, gdyż każde postępowanie charakteryzuje się indywidualnymi cechami wyłącznymi dla takiego postępowania. Dlatego też ocena wyjaśnień, dla każdego postępowania, musi odbywać się indywidualnie. Przyjmując zatem należy, indywidualizując miernik dla konkretnego postępowania mając, jednakże na uwadze obowiązek spoczywający na wykonawcy dotyczący wyjaśnienia zamawiającemu okoliczności wyłącznie dostępnych danemu wykonawcy, które miały wpływ na cenę, że wykonawca winien podjąć starania, które w sposób bezsprzeczny wykażą prawidłowość zaoferowanej ceny. Miernik należytej staranności wykonawcy powinien zatem wykluczyć sytuację, w której wykonawca, co prawda składa wyjaśnienia, ale przyjmuje założenie, że w przypadku ich niewystarczającego charakteru będzie miał możliwość uzupełnienia wyjaśnień w późniejszym terminie. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy składane na wezwanie zamawiającego, muszą być jednoznaczne i ostateczne, tzn. muszą definitywnie wykazywać okoliczności wraz z ich wyjaśnieniem z powołaniem odpowiednich dowodów, które będą przemawiały za rzetelnością podanej ceny. (...) Z wyjaśnień złożonych zamawiającemu nie sposób ustalić ostatecznych kosztów, jakie poniesie wykonawca. W związku z tym brak jest również możliwości dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż brak jest elementów kalkulacyjnych, które mogłyby takiej procedurze podlegać. Dodatkowe wzywanie wykonawcy przystępującego na obecnym etapie postępowania mogłoby prowadzić do wniosku, że wadliwość złożonych wyjaśnień konwalidowana byłaby na późniejszym etapie postępowania.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b

118. Wyrok z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2052/22

W nawiązaniu do wskazywanego przez Odwołującego, wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) w sprawie Esaprojekt i zarzutu braku wykazania przez wykonawcę X bezpośredniego udziału w poszczególnych inwestycjach, w tym bezpośredniego czynnego udziału w budowie wskazanych w oświadczeniu obiektów mostowych oraz drogi o określonych parametrach, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego, że TSUE w tym wyroku nie określił jak znaczna część zamówienia ma być przedmiotem bezpośredniego udziału danego członka konsorcjum, aby ten mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte przez konsorcjum. Jednocześnie w referencyjnych inwestycjach wykazano udział X w organizowaniu, zarządzaniu, a przede wszystkim realnym wykonywaniu robót i z tego względu ten

wykonawca był uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji tych inwestycji w zakresie wszystkich prac i robót wchodzących w zakres tych przedsięwzięć w ramach Konsorcjum.

119. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3267/22

Po pierwsze, należy na wstępie przypomnieć, że postanowienia zawarte w ogłoszeniu oraz dokumentach zamówienia podlegają wykładni językowej. Takie stanowisko było już wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie. (...) W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. (...) Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego. Wymaga podkreślenia, że stosowanie wykładni językowej w odniesieniu do postanowień zawartych w ogłoszeniu oraz dokumentach zamówienia służy zachowaniu w procesie udzielania zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

120. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22

Odwołujący kwestionował spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VII.1.4.A SWZ wskazując po pierwsze, iż wskazana w wykazie usług usługa referencyjna była wykonana na rzecz podmiotu powiązanego z Przystępującym i to ten podmiot wystawił referencje, co już samo w sobie powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby z powyższym nie sposób się zgodzić. Przepisy ustawy Pzp i przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) dopuszczają możliwość posłużenia się na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dostawami, usługami czy robotami budowlanymi wykonanymi na rzecz jakichkolwiek podmiotów, w tym także podmiotów prywatnych i podmiotów powiązanych kapitałowo lub osobowo z wykonawcami. Również treść warunku udziału w postępowaniu nie wprowadzała żadnych ograniczeń w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, aby sam fakt wystawienia referencji przez podmiot powiązany z Przystępującym miał powodować powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do faktycznego wykonania usług, których dotyczą referencje. Ponadto Przystępujący nie jest, jak twierdził Odwołujący, spółką córką podmiotu wystawiającego referencje, a podmioty te nie są powiązane w sposób bezpośredni, aczkolwiek należą one do jednej grupy kapitałowej. Dalej należy wskazać, iż twierdzenia Odwołującego, jakoby system informatyczny, dla którego usługi obejmujące swym zakresem wsparcie techniczne miał świadczyć Przystępujący nie istniał, stanowiły jedynie przypuszczenia nie poparte żadnym wiarygodnym dowodem. Okoliczność, iż brak jest o tym systemie informacji w sieci Internet nie dowodzi, że nie został on stworzony. Fakt wykorzystywania określonego systemu informatycznego przez podmiot prywatny do prowadzenia działalności nie musi być w żaden sposób uzewnętrzniany publicznie. Również nie jest okolicznością dowodzącą twierdzeń Odwołującego to, że strona internetowa podmiotu X nie działa, a profil społecznościowy nie był od kilku lat aktualizowany. Jak wyjaśnił Przystępujący, ww. media zostały stworzone m.in. dla celów projektu finansowanego ze środków publicznych, o którym mówił Odwołujący (realizowanego na podstawie umowy o dofinansowanie z dnia (...)) i dotyczyły działalności X w sferze publicznej. Tymczasem realizowana usługa referencyjna dotyczy prywatnej sfery działalności X (...) Zamawiający nie ograniczył warunku udziału w postępowaniu do systemu wykorzystywanego w naborach prowadzonych wyłącznie w ramach programu dystrybuującego publiczne środki.

Zamawiający wskazał na „program dystrybuujący zewnętrzne środki finansowe”, a zatem należy uznać, że pod tym pojęciem może mieścić się także wskazywany przez Przystępującego program prowadzony przez X (...) Treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, czy opisywać szczegółów związanych z jej realizacją. Nie taka jest rola tego dokumentu. Referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zobowiązania, a wykonawcy co do zasady nie mają wpływu na ich treść, gdyż są one wystawiane są przez podmiot będący odbiorcą świadczenia.

121. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3398/22

W przedmiotowej sprawie zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej. Definiując uprawnienia budowlane zamawiający odwołał się do obecnie obowiązujących przepisów, w tym m.in. ustawy Prawo budowlane i rozporządzenia z 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ale dopuścił też „odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia (...)”. Izba stwierdziła, że taki sposób określenia przez zamawiającego uprawnień budowlanych oznacza, że kierownik budowy musi posiadać uprawnienia bez ograniczeń nie tylko w przypadku, gdy jego uprawnienia zostały wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, ale także w przypadku, gdy zostały one wydane na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących. O powyższym świadczy sformułowanie „odpowiadające im” odnoszące się, w ocenie Izby, do całej treści warunku, czyli nie tylko do rodzaju specjalności, ale także do zakresu uprawnień. Przyjęcie innej wykładni świadczyłoby zresztą o opisanu warunku w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro w zależności od daty wydania uprawnień jedni wykonawcy zmuszeni byłiby dysponować kierownikiem budowy z uprawnieniami bez ograniczeń, a inni mogliby przedstawiać osoby z uprawnieniami w ograniczonym zakresie. Tym samym wymóg posiadania uprawnień wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów „odpowiadających” uprawnieniom bez ograniczeń, a także obowiązek respektowania zasad z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przesądzają o konieczności uznania, że w przypadku uprawnień wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów kierownik budowy musiał również posiadać uprawnienia bez ograniczeń. (...) choć w rozporządzeniu z 1975 r. ustawodawca nie posługiwał się pojęciami „bez ograniczeń” i „w ograniczonym zakresie”, to jednak wyraźnie rozróżnił zakresy uprawnień dla osób z wykształceniem średnim i wykształceniem wyższym. W ww. § 5 ust. 2 rozporządzenia ustawodawca przesądził, że osoby z wykształceniem średnim mogą pełnić funkcje wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Tym samym nawet bez użycia sformułowania „w ograniczonym zakresie”, z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, że zakres pełnienia funkcji przez osoby z wykształceniem średnim jest ograniczony w stosunku do zakresu pełnienia funkcji przez osoby z wykształceniem wyższym. (...)

Argument dotyczący dotychczasowego doświadczenia pana X i faktu uznawania jego uprawnień za właściwe przez organy nadzoru budowlanego, nie może wpłynąć na ocenę dokonaną w tej sprawie przez Izbę. Należy bowiem zauważyć, że organy nadzoru oceniając uprawnienia budowlane kierują się rodzajem i zakresem inwestycji, na której funkcja ma być pełniona. Natomiast Izba orzekając w sprawie dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opiera swoją ocenę na treści SWZ sporządzonej przez samego zamawiającego w tymże postępowaniu. Zatem organy nadzoru budowlanego oceniają uprawnienia budowlane pod kątem ich przydatności do realizacji danej inwestycji, natomiast Izba ocenia je pod kątem zgodności z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w SWZ. Skoro zamawiający wymagał w SWZ posiadania przez kierownika budowy uprawnień bez ograniczeń, to bez względu na to, w jaki sposób inne organy oceniały te uprawnienia w zakresie swoich kompetencji, Izba nie może uznać za prawidłowe uprawnienia w ograniczonym zakresie. Zwłaszcza, że po upływie terminu składania ofert treść dokumentów zamówienia, w tym SWZ, jest już wiążąca zarówno dla Izby, jak też dla zamawiającego i wykonawców.

122. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3313/22

Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie wymienił pozwolenia wodnoprawnego jako dokumentu obligatoryjnego na potwierdzenie spełnienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie pozwoleń wodnoprawnych, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Zamawiający nie może oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SWZ. Izba zwraca także uwagę, że dopuszczenie do oceny wykonawcy przez pryzmat posiadanego zezwolenia prawnowodnego, czego domaga się Odwołujący, oznaczałoby konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa na etapie postępowania odwoławczego, co stoi w sprzeczności nie tylko z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, lecz również z obowiązkiem doprecyzowania warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Nie jest bowiem możliwe, aby to inny wykonawca na etapie postępowania odwoławczego formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy.

123. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3377/22

W sprawie nie budził sporu charakter czynności realizowanych na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 2 do oferty, jako odpowiadających usługom opiekuńczym, zdefiniowanym w art. 50 ust. 3 Ustawy o pomocy społecznej. Różnica stanowisk stron sprowadzała się do rozumienia warunku udziału w postępowaniu, który w ocenie Odwołującego nie ograniczał doświadczenia wyłącznie do usług, których zakres zostałby określony w decyzji administracyjnej, do czego faktycznie odwołał się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy. Izba podzieliła wnioski Odwołującego, które mają uzasadnienie w konieczności zapewnienia przez Zamawiającego, aby warunek udziału w postępowaniu był określony w sposób precyzyjny, tak aby nie dochodziło do jego modyfikacji na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców. Stanowi to wyraz przestrzegania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady przejrzystości wynikającej z zasady równego traktowania wykonawców. Wyrażona w art. 16 pkt 3 Ustawy zasada przejrzystości oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (wyrok TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex*, wyrok z 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15). (...) Izba uznała, iż odwołanie się do odpisu przedmiotu zamówienia nie pozwala dowolnie dodawać wytycznych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i może być pomocne tylko w zakresie w jakim odnosi się wprost do jasno postawionego warunku. To w niniejszej sprawie mogło być wyłącznie powiązane z określeniem rodzaju czynności rozumianych, jako usługi opiekuńcze, ale już nie w odniesieniu do procedury w jakiej następuje ich ustalenie w drodze decyzji administracyjnej. Ponieważ Zamawiający nie wskazał w treści warunku, iż usługi opiekuńcze należało realizować wyłącznie na podstawie decyzji administracyjnej, faktycznie dopuścił do udziału w postępowaniu również podmioty świadczące usługi opiekuńcze nie tylko na rzecz podmiotów publicznych. Ocenie pod kątem spełnienia warunku podlegało doświadczenie odpowiadające rodzajowo czynnościom określanym, jako usługi opiekuńcze. Również w OPZ zakres usług opiekuńczych miał wyłącznie ogólny charakter ze wskazaniem, iż szczegółowo zostanie to określone w decyzji administracyjnej. Tym samym decyzja administracyjna stanowić będzie wprawdzie element identyfikujący przedmiot zamówienia, jednak nie została przez Zamawiającego wskazana w opisie warunku udziału w postępowaniu, a ten nie musiał być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Zamawiający określa bowiem minimalne warunki udziału w postępowaniu, które pozwolą uznać doświadczenie za wystarczające dla zabezpieczenia realizacji zamówienia w sposób

odpowiedni. To Zamawiający zobowiązany jest w sposób precyzyjny określić wytyczne dla takiej oceny i wskazać te elementy, które będą wystarczające dla oceny podmiotowej wykonawcy. (...) Zamawiający nie mógł skutecznie wywodzić z opisu przedmiotu zamówienia nowych wymagań wobec doświadczenia ocenianego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

124. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3468/22, KIO 3498/22

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia dokumentem, który potwierdza spełnienie opisywanych warunków jest wykaz zrealizowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Przepisy precyzują ponadto, że referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, zaś ich rolą jest wyłącznie potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca, zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SWZ precyzuje przy tym najczęściej jakie informacje wykonawca powinien zamieścić w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne a nawet wskazane, jeśli celem złożenia wykazu ma być możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, w sposób opisany przez zamawiającego. Inne zasady odnoszą się do referencji, bądź też innych dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz którego zamówienia były wykonywane, co do których ani ustawodawca, ale też zamawiający nie powinien wskazywać w dokumentacji postępowania jaką winny mieć minimalną zawartość. Dzieje się tak dlatego, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług czy robót budowlanych są, w przeciwieństwie do wykazu, dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, więc to od niego zależy treść oraz zakres informacji na temat wykonanego zamówienia. (...) Zaznaczyć należy, że jeśli zamawiający uznał, że X nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w brzmieniu opisanym przez zamawiającego w SWZ, to jego obowiązkiem było sprecyzowanie z jakich powodów zamawiający doszedł do takich wniosków, podanie argumentacji które zamówienie i który z jego elementów nie spełnia wymogów opisanych w SWZ. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy nie może być okoliczność, że zamawiającemu brak jest dokumentów, aby uznać, że warunek ten wykonawca spełnił. Przy tym wymaga podkreślenia, że zamawiający na żadnym etapie postępowania, w szczególności w swoim piśmie kierowanym do X nie sprecyzował jakich dodatkowych dokumentów oczekuje, oraz jakie informacje powinny z ich treści wynikać. Wykonawca został zatem postawiony w sytuacji, w której musiał niejako zgadywać jakie dodatkowe dokumenty zamawiający uzna za wystarczające, aby rozwiać wątpliwości zamawiającego. (...) Nie można wprawdzie odmówić zamawiającemu prawa do żądania wyjaśnień odnośnie przedkładanych w postępowaniu dokumentów podmiotowych, w szczególności jeśli w świetle innych dokumentów, przedstawionych przez X i publicznie dostępnych, informacje w nich zawarte nie potwierdzają treści złożonych oświadczeń, jednakże obowiązkiem zamawiającego jest wyartykułowanie jakie wątpliwości dokumenty te budzą i jakie są jego oczekiwania, co do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień czy dokumentów. W końcu też zamawiający ma możliwość skorzystania z procedury zwrócenia się bezpośrednio do zamawiających wystawiających dokumenty referencyjne, celem potwierdzenia ich prawdziwości.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c

125. Wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 362/22

Nie budzi wątpliwości, że zarówno z samej treści wezwania, jak i przytoczonych w nim przepisów wynika, iż obowiązkiem Odwołującego było przekazanie Zamawiającemu prawidłowo podpisanych zaświadczeń. Skoro więc Odwołujący otrzymał z US dokumenty składające się z kompletu: dokument w postaci pliku .pdf oraz osobnego pliku podpisu elektronicznego, to obowiązany był przekazać Zamawiającemu taki komplet. Dla Odwołującego powinno być zatem oczywiste, że przekazanie dokumentów bez plików zawierających podpisy elektroniczne nie zostanie przez Zamawiającego uznane za prawidłowe zrealizo-

wanie obowiązku uzupełnienia wymaganych zaświadczeń.

126. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1473/22

Zgodnie z art. 226 ust. 1 lit. c ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podstawa wykluczenia musi być odczytywana ściśle. W ocenie Izby umknęło uwadze odwołującego, to, że nie każdy brak w oświadczeniu JEDZ, czy podmiotowych środkach dowodowych jest traktowany jako podstawa odrzucenia oferty. Brak ten musi bowiem uniemożliwiać zamawiającemu ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W badanej sprawie, rzeczywiście zamawiający oczekiwał podania w JEDZu informacji o podstawie dysponowania osobą kierowaną do wykonania zamówienia. Jednakże sposób tego dysponowania nie był elementem warunku udziału w postępowaniu ustanowionym przez zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał trzy osoby kierowane na określone funkcje w ramach realizacji tego zamówienia, oraz wymagał, aby te osoby posiadały określone uprawnienia zawodowe. Jednak z brzmienia warunku nie można wywieść, że zamawiający uzależniał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, od tego, czy osoby te będą zasobem własnym wykonawcy, czy też będą w dyspozycji podmiotu udostępniającego zasoby, czy też będą należeć do podwykonawcy. Tym samym dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu irrelewantne było to, czy wykonawca dysponuje tą osobą samoistnie, czy ma do niej dostęp za pomocą umów wiążących go z innymi podmiotami. (...)

Przy czym skoro zamawiający nie uzależniał spełnienia warunku od tego, na podstawie jakiej umowy wykonawca będzie dysponował zasobem, to w ocenie Izby fakt, że do zawarcia umowy o pracę dojdzie dopiero po zawarciu zamówienia publicznego nie może podważać wykazania warunku udziału przez przystępującego. Izba wzięła też pod uwagę fakt, że przedłożone przez przystępującego umowy przedwstępne z dnia 1 kwietnia 2022 r. potwierdzają, że na dzień składania ofert tj. 6 kwietnia 2022 r. przystępujący posiadał możliwość dysponowania osobami Pana (...) i Pana (...) na potrzeby realizacji tego zamówienia. Tym samym przystępujący był w stanie wykazać, że od upływu terminu składania ofert do daty wyboru oferty najkorzystniejszej mógł powoływać się na zasób kadrowy jako własny.

127. Wyrok z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2527/22

Izba stwierdziła, że złożone na wezwanie dokumenty nie odpowiadają, co do ich formy, wymaganiom opisanym w cytowanym Rozporządzeniu. Rację ma odwołujący, przywołując treść § 6 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia, zgodnie z którym poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej przedmiotowego środka dowodowego dokonuje odpowiednio wykonawca lub też wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zapis ten nie może być interpretowany inaczej niż poprzez odniesienie go do wykonawcy przekazującego cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie może zatem zostać zaakceptowany dokument, którym posłużył się przystępujący, który choć składany wraz z ofertą, został poświadczony przez innego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu. Wprawdzie Izba dostrzegła, że w tym przypadku jest to dokument pochodzący z oferty X, który przedłożył go w tym postępowaniu, jednakże pozostaje to bez znaczenia dla wymagań, które w sposób precyzyjny zostały przez ustawodawcę opisane. Dopuszczenie w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków w istocie prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca przedkładając taki dokument nie ponosiłby ze swojej strony jakiegokolwiek odpowiedzialności za zgodność cyfrowego odwzorowania poświadczonego z rzeczywistym, papierowym oryginałem, a w konsekwencji to nie on ponosiłby odpowiedzialność za prawdziwość dokumentów mających potwierdzić zgodność oferowanego produktu z wymaganiami zamawiającemu.

Przystępujący przyznał również, że złożony dokument przez niego przedłożony nie był skanem oryginal-

nego dokumentu złożonego w URPL (wynika to zarówno w treści Wyjaśnień, jak też z treści przedstawionego na rozprawie dowodu w postaci wniosku o udostępnienie informacji publicznej kierowanego do Prezesa URPL wraz z odmową udostępnienia przedmiotowego dokumentu). Nie był też skanem dokumentu pozyskanego od X, gdyż przystępujący nie podjął starań o jego pozyskanie od X. Nie ulega zatem wątpliwości, że przystępujący nie miał żadnej styczności z oryginałem przedłożonego dokumentu, a tym samym nie mógł poświadczyć jego cyfrowego odwzorowania za zgodność z papierowym oryginałem. W konsekwencji przedłożony dokument nie spełnia wymagań opisanych w § 6 ust. 2-5 Rozporządzenia. Nie jest bowiem w świetle cytowanych regulacji możliwe poświadczenie cyfrowego odwzorowania dokumentu w postaci papierowej, który nie został okazany wykonawcy w oryginale.

W konsekwencji uznać należało, że dokumenty przedłożone przez przystępującego w celu uzupełnienia Wykazu wyrobów były wadliwe, naruszały treść Rozporządzenia i nie powinny być zostać przyjęte przez zamawiającego. W konsekwencji zamawiający powinien był uznać, że wykonawca nie złożył Wykazu wyrobów wymaganego w treści Wezwania.

Skład orzekający podziela także, cytowany przez odwołującego, a prezentowany w doktrynie i wynikający z jednolitego orzecznictwa KIO, iż wezwanie zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp - jest wezwaniem możliwym do dokonania jednokrotnie w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli wystąpiły, jak w tym przypadku, braki w obrębie dokumentów przedmiotowych i te nie zostały usunięte lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, pomimo dokonanego już wezwania do ich uzupełnienia, to oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

128. Wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3217/22

W sprawie bezsporne jest, że zamawiający postawił warunek zdolności technicznej wykonawcy polegający na posiadaniu uprawnień to jest zezwolenia na zagospodarowanie odpadów. Odwołujący nie twierdził, że takie zezwolenie posiada, ale, że na podstawie zawartych umów i porozumień jest w stanie wykonywać usługę zagospodarowania odpadów. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że odwołujący przejął od firmy (...) obowiązki dotyczące rekultywacji zamkniętego składowiska w (...), którego zarządzającym jest (...). Niewątpliwie to właśnie przedsiębiorstwo jest w stanie wykazać zdolność techniczną wymaganą przez zamawiającego, gdyż to ono posiada decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 05 03 w ilości pokrywającej zapotrzebowanie zamawiającego. Nie budzi również wątpliwości Izby, że odwołujący na mocy zawartych porozumień ma przyjmować w imieniu zarządzającego składowiskiem (...) odpady zgodnie z decyzją na odzysk. Odwołujący ma wystawiać także KPO z tym, że wystawiane KPO mają wskazywać na (...) jako na przyjmującego odpady. Tym samym, to (...) jest podmiotem, za pomocą którego odwołujący zamierza wykazać posiadanie uprawnień. Odwołujący sam ich nie posiada, nie może ich także nabyć w drodze wydanej na niego decyzji administracyjnej, bo nie jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, dzierżawcą, ani użytkownikiem składowiska, gdyż przepis art. 41b ust. 1 ustawy o odpadach stanowi, że gospodarowanie odpadami, polegające na zbieraniu odpadów niebezpiecznych, odzysku odpadów przez wypełnianie terenów niekorzystnie przekształconych, zbieraniu lub przetwarzaniu odpadów komunalnych lub odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, wymagające uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów, odbywa się wyłącznie na nieruchomości, której właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem albo dzierżawcą jest posiadacz odpadów gospodarujący odpadami. Dla ustanowienia użytkownika czy dzierżawcy wymagana jest forma aktu notarialnego i oświadczenie o rodzaju i ilości odpadów. Umowy przedstawione przez odwołującego takiej formy nie posiadają, ani nie przedstawiono oświadczeń w formie aktu notarialnego. Odwołujący nie jest też jednostką budżetową. Nie doszło także do przejęcia składowiska w trybie art.

151 ustawy o odpadach, które powodowałyby przejście uprawnień z decyzji na przetwarzanie odpadów. Jedyne, co przejął odwołujący to obowiązek rekultywacji składowiska, i przyjmowania odpadów w imieniu zarządzającego składowiskiem. Na mocy zawartego porozumienia nie doszło jednak do przejścia uprawnień. W przypadku przetwarzania odpadów sam fakt ich fizycznego przyjmowania nie wystarczy, aby odwołujący legitymował się posiadaniem uprawnień, których żądał zamawiający. Warunek w tym postępowaniu nie polegał na dysponowaniu składowiskiem, które to dysponowanie można byłoby uznać za bezpośrednie, jak wskazywał odwołujący, ale na posiadaniu uprawnień, których sam odwołujący nie posiada. Odwołujący może legitymować się uprawnieniami na podstawie cudzej decyzji administracyjnej, ale taka konstrukcja będzie dysponowaniem zależnym, a więc posługiwaniem się zdolnościami innego podmiotu, w tym przypadku (...). Różnica między dysponowaniem bezpośrednim, a udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego polega na konieczności udziału tego podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający trafnie zdiagnozował, że przedłożone porozumienia i umowy dają wykonawcy możliwość wykazania warunku udziału w postępowaniu, ale tylko, o ile odwołujący złożyłby oświadczenie o korzystaniu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby, w tym przypadku, musi się powołać. Niewątpliwie w tym postępowaniu nie doszło do ujawnienia podwykonawstwa w formularzu ofertowym, wraz z ofertą nie zostało również złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, a odwołujący oświadczył, że wykona zamówienie sam.

Art. 226 ust. 1 pkt 3

129. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 457/22

W treści SWZ zamawiający zawarł obowiązek podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym (...) nie mogło budzić wątpliwości, że kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność (...) W wyniku dokonanej weryfikacji został wystawiony dokument pod nazwą Elektroniczne Poświadczenie Weryfikacji (EPW), z którego wynikało, że w pliku „PODPIS_Załączniki do SWZ — Oferta.pdf”, nie znaleziono plików z podpisami (...) Tym samym oferta złożona przez odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp jako niezgodna z ustawą tj. z art. 63 ust. 1 Pzp. W takim przypadku nie mogło być mowy o zaniechaniu zamawiającego w postaci braku wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp lub 224 ust. 1 Pzp. Ewentualne wyjaśnienia odwołującego nie mogły w żaden sposób konwalidować braku podpisu po ofertą.

Art. 226 ust. 1 pkt 4

130. Wyrok z dnia 16 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 540/22

Zdaniem Izby, pełnomocnictwo złożone przez Odwołującego wraz z ofertą tj. pełnomocnictwo (...) wystawione przez Stowarzyszenie X, udzielone Panu Y, nie zawierało umocowania do składania w imieniu Stowarzyszenia X ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne i do reprezentowania Stowarzyszenia X w tych postępowaniach. Ponadto jak prawidłowo ustalił Zamawiający, złożone pełnomocnictwo nie spełniało również wymogów ustawy Pzp oraz SWZ co do formy jego udzielenia, tj. nie zostało złożone w formie elektronicznej ani nie zostało złożone w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Na pełnomocnictwie brak jest bowiem wymaganych przez Zamawiającego i wynikających z uregulowań kwalifikowanych podpisów elektronicznych, lub podpisów zaufanych lub elektronicznych podpisów osobistych osób umocowujących pełnomocnika do działania. Zdaniem Izby kopia pełnomocnictwa nie może być uznana za równoważną formę pełnomocnictwa wymaganą przez ustawę Pzp i SWZ. Nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo nie zostało udzielone w formie elektronicznej. Zgodnie z art. 78¹ k.c., do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W treści złożonego pełnomocnictwa brak jest kwalifikowanych podpisów elektronicznych mocodawców. Również podpisy złożone pod treścią pełnomocnictwa nie mogą być uznane za podpisy zaufane czy podpisy osobiste, do których odwołuje się art. 63 ust. 2 ustawy Pzp. Nie są to bowiem zaawansowane podpisy elektroniczne w rozumieniu art. 3 pkt 11 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym, weryfikowane za pomocą certyfikatu podpisu osobistego.

131. Wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1533/22

Przechodząc do analizy przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp warunkującej odrzucenie oferty z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów, zauważyć należy, iż zgodnie z ugruntowanym już stanowieniem doktryny i orzecznictwa, naruszenie zasady bliskości nie stanowi o nieważności oferty i nie daje podstaw do jej odrzucenia na podstawie przywołanego przepisu. Przepisy ustawy o odpadach nie przewidują bowiem sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy. Co więcej Odwołujący w odwołaniu nie wskazał wprost o jaką niezgodność, z jakimi przepisami chodzi. Izba domniemywa, że Odwołujący miał na myśli ustawę o odpadach. Choć równie dobrze zarzuty mogły dotyczyć innych regulacji, przykładowo przepisów kodeksu cywilnego. W tym zakresie samo odwołanie milczy. Tak skonstruowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Art. 226 ust. 1 pkt 5

132. Wyrok z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 21/22

Izba stwierdziła ponadto, że z konieczności wskazania w ofercie instalacji nie zwalniał Odwołującego fakt, że w formularzu oferty brak było konkretnego punktu, w którym wykonawca miałby zamieścić takie oświadczenie. Podkreślić należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby formularze, wykazy czy też oświadczenia, które przygotowuje Zamawiający w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią jedynie wzory, które może wykorzystać wykonawca przy sporządzeniu oferty. Dla prawidłowego złożenia oferty istotne jest przede wszystkim to, aby złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty czyniły zadość wymogom zamawiającego określonym w specyfikacji oraz załącznikach (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1752/20). Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wykluczył również możliwości złożenia stosowanego oświadczenia co do instalacji na odrębnym od formularza oferty dokumencie. Oświadczenie takie musiało być jednak złożone wraz z ofertą.

133. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2191/22

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

134. Wyrok z dnia 15 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2297/22

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że zamówienie jest udzielane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a wiążący dokument, jakim jest PFU, nie zawiera wskazania konkretnej liczby przepompowni, ale wymienia inne dokumenty, w oparciu o które wykonawcy mają samodzielnie opracować system odwodnienia, nie można stwierdzić, że mamy w tej sprawie do czynienia z jednoznacznym postanowieniem dotyczącym liczby przepompowni, z którym oferta przystępującego mogłaby być uznana za niezgodną. (...) Zatem w przedmiotowej sprawie brak jest zarówno wyraźnego postanowienia określającego liczbę wymaganych przepompowni, jak i brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że przystępujący oferuje wykonanie wyłącznie 14 przepompowni. Tym samym nie zachodzi podstawa zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie mamy w tym przypadku do czynienia ani z wyraźnym wymaganiami, z którym oferta przystępującego miałyby być niezgodna ani z niewątpliwą treścią tej oferty, która świadczyłaby o takiej niezgodności.

135. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2486/22

Przyjmuje się, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca ma wykonać roboty zgodnie z udostępnioną dokumentacją, w tym dokumentacją projektową. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę realizacji zamówienia, ewentualnie dodatkowo przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, który ma charakter pomocniczy dla sporządzenia oferty i oszacowania jej ceny (tak: wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., KIO 1428/20). Przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac, co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Z tego względu przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu (tak: wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., KIO 175/15).

Powyższe znajduje potwierdzenie w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Zamawiający nadał bowiem przedmiarom robót znaczenie wyłącznie pomocnicze, co znajduje wyraz w treści SWZ, a zwłaszcza w Rozdziale V ust. 3 pkt 2 SWZ. Zapis ten jednoznacznie wskazuje na charakter dokumentu oraz jego rolę w postępowaniu - wyłącznie pomocniczą i to jedynie w zakresie skalkulowania ceny ofertowej. Zamawiający w ww. postanowieniu dopuścił wręcz sytuację, w której załączony przez niego do SWZ przedmiar będzie niekompletny, jednak nie zwolnił wykonawców od obowiązku przewidzenia i wyceny wszystkich prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, bez względu na braki przedmiarów. Zatem rolą przedmiaru w niniejszym postępowaniu było jedynie ułatwienie wykonawcom skalkulowania ceny ofertowej. Skoro zatem przedmiar miał charakter wyłącznie pomocniczy i tylko w zakresie skalkulowania przez wykonawców ceny ofertowej, a podstawowym dokumentem opisującym przedmiot zamówienia jest projekt budowlany, nie można przypisywać kosztorysowi sporządzanemu na podstawie przedmiaru roli wiodącej. W niniejszym postępowaniu rola kosztorysu – dokumentu służącego przedstawieniu kalkulacji ceny ofertowej, związana jest z rolą przedmiaru, który tę kalkulację miał ułatwić, stając podstawą jej sporządzenia, co wyraźnie przesądził Zamawiający w treści SWZ.- (...)

Powyższe zdaniem Izby przesądza, uwzględniając okoliczności stanu faktycznego zaistniałego na kanwie niniejszej sprawy, że pewne nieścisłości jakie wkrały się do kosztorysu ofertowego Przystępującego, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Istotne jest bowiem, iż Przystępujący oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie. Dodatkowo, wszystkie z pozycji obmiarowych skalkulowanych przez Przystępującego zgadzają się z opisem tych pozycji wskazywanym

przez Zamawiającego.

136. Wyrok z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2619/22

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że oferta musi zawierać jednoznaczną informację, co wykonawca oferuje, a doprecyzowywanie treści oferty po upływie terminu na jej złożenie jest niedopuszczalne. Wykonawca nie może określać treści swojego zobowiązania ofertowego bez skonkretyzowania, jaki produkt oferuje i precyzować tego dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania. Takie działanie godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych i może prowadzić do manipulowania treścią oferty, w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami i jednocześnie powodując niepewność Zamawiającego co do tego, jaki produkt (w tym przypadku laptop) jest oferowany.

W rozpoznawanej sprawie załącznik nr 5A – Parametry techniczne zamawianej dostawy, będąc przedmiotowym środkiem dowodowym mającym potwierdzać zgodność oferowanych laptopów z wymaganiami określonymi w SWZ, pełnił także funkcję identyfikującą przedmiot oferty. Dokument ten nie tylko pozwalał na zweryfikowanie merytorycznej prawidłowości oferty, ale także konkretyzował przedmiot tej oferty. Innymi słowy, w załączniku nr 5A wykonawca określał, jaki produkt oferuje i jakie ma on właściwości. Oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie nie mogło podlegać zmianom po upływie terminu składania ofert.

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym nie ma znaczenia okoliczność, że Zamawiający wymagał określenia producenta i modelu oferowanego komputera w przedmiotowych środkach dowodowych, które miały być dołączone do oferty. Podkreślić należy, że rozstrzygające znaczenia ma to, jaki jest charakter informacji zawartych w takim dokumencie, a nie to, jak ten dokument został zatytułowany i sklasyfikowany przez Zamawiającego. Nie ma żadnych wątpliwości, że załącznik nr 5A do SWZ w zakresie, w jakim dotyczył informacji na temat producenta i modelu oferowanych laptopów, nie miał charakteru przedmiotowego środka dowodowego, ale stanowił treść oferty, informacje te nie podlegały zatem uzupełnieniu. Oceny tej w żadnej mierze nie zmienia fakt, że Zamawiający przewidział w SWZ uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, uzupełnienie to nie może bowiem dotyczyć informacji tworzących treść oferty. Postanowienie § 8 pkt 11 SWZ, przewidujące wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy nie zostały one złożone wraz z ofertą, należy interpretować z uwzględnieniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw wzywać do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz przyjąć takiego uzupełnienia, jeżeli ze złożonej oferty nie wynika, jaki sprzęt wykonawca oferuje, a zostałoby to określone dopiero w późniejszym oświadczeniu wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający po otwarciu oferty nie miał wiedzy, jakie urządzenia zaofferował wykonawca X – nie wynikało to z żadnego dokumentu złożonego w terminie składania ofert. Wiedzę tę Zamawiający uzyskał po upływie terminu składania ofert, co jest sytuacją niedopuszczalną. Wobec powyższego należy stwierdzić, że oferta wykonawcy X była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z § 8 pkt 11.1 SWZ, zgodnie z którym wykonawca miał obowiązek złożenia w załączniku nr 5A oświadczenia na temat producenta i modelu oferowanych laptopów. Ponieważ, jak wskazano powyższej, oświadczenie te stanowiło treść oferty, musiało być złożone w terminie składania ofert. Brak takiego oświadczenia i niemożliwość jego uzupełnienia po upływie terminu składania ofert powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. W związku tym Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie.

137. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3337/22

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego przypomnieć należy, że treść SWZ, która jest przez zamawiającego formułowana i przekazywana wykonawcom w postępowaniu, jest wiążąca dla wszystkich

podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zamawiający, określając wymagania w zakresie czy to wykonania zamówienia, czy też sporządzenia oferty, musi pamiętać o tym, aby z jednej strony SWZ zawierała wszystkie potrzebne mu na etapie oceny ofert wymogi, z drugiej winien mieć na uwadze, że określone w dokumentach zamówienia zasady - muszą być egzekwowane na etapie składania i oceny ofert. Nie może być tak, że zamawiający zawiera w SWZ konkretnie sprecyzowane wymagania, a następnie dokonując weryfikacji tych wymagań stwierdza, że określone dane nie były niezbędne na danym etapie, czy też, że nie są konieczne na etapie realizacji zamówienia, a w konsekwencji, że mają charakter wyłącznie formalny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe oznacza, że jeśli zamawiający w SWZ w rozdziale XV pkt 4 SWZ wskazał, że oczekuje, że wykonawca powinien podać w ofercie /np. na stronie tytułowej kosztorysów ofertowych/ całkowitą wartość oraz dane wyjściowe do kosztorysowania zastosowane do obliczenia cen jednostkowych np.: Rg, Z, Kp, Kz (Rg - roboczegodzina w zł, Z - zysk w %, Kp - Koszty pośrednie w %, Kz - Koszty zakupu w %), to wymaganie to jest obligatoryjne dla wszystkich, i nie ma od niego wyjątku. Nie można w szczególności twierdzić, że dane te są zbędne, gdyż zawarto je w poszczególnych cenach jednostkowych. Taka argumentacja jest niedopuszczalna, albowiem należy uznać ją za spóźnioną na obecnym etapie postępowania. Dodatkowo, zamawiający zdaje się pomijać całkowicie, że na etapie składania ofert zażądał od wykonawców jedynie kosztorysów uproszczonych, jako integralnych części oferty. W konsekwencji nie jest możliwe samodzielne odtworzenie przedmiotowych wskaźników cenotwórczych przez zamawiającego, wyłącznie na podstawie podanych cen jednostkowych. Tym samym, wobec braku możliwości samodzielnego poprawienia przedmiotowych wskaźników w trybie poprawienia omyłek, czy to rachunkowych, czy to tzw. innych omyłek, nie da się naprawić powyższego uchybienia. W konsekwencji powyższy brak stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SWZ, którego nie można w żaden sposób uzupełnić na etapie dokonywania oceny złożonych ofert. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że brak wskazania w ofercie wskaźników cenotwórczych ma charakter jedynie formalny, który nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ. (...)

Izba nie podzieliła także tezy przystępującego, jakoby możliwe było uzupełnienie brakujących wskaźników cenotwórczych, np. w trybie przedstawienia kosztorysów szczegółowego na podstawie Rozdz. XV pkt 5.2 SWZ. Takie uprawnienie zamawiającego dotyczyć może jedynie sytuacji, gdy wskaźniki cenotwórcze zostały podane w treści oferty (kosztorysu ofertowego), nie zaś w przypadku ich całkowitego pominięcia. Zgodzić się należy z odwołującym, że na obecnym etapie przystępujący ma możliwość niemalże dowolnego ukształtowania przedmiotowych wskaźników, zwłaszcza po zapoznaniu się z kosztorysami złożonymi przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym ewentualne żądanie przez zamawiającego uzupełnienia kosztorysów szczegółowych nosiłoby znamiona negocjowania treści złożonej oferty, mającej na celu uzupełnienie jej treści, co stanowiłoby naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

138. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3401/22

(...) sprecyzowanie przez wykonawcę przedmiotu oferty co do producenta, typu i modelu dla komputera i monitora, które jako tak skonkretyzowane posiadają określone parametry techniczne obiektywnie rzecz biorąc stanowi treść oferty, która następnie może ewentualnie znaleźć dodatkowe potwierdzenie w odrębnych środkach dowodowych. Ponieważ Zamawiający de facto nie zażądał przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane zestawy komputerowe spełniają parametry opisu przedmiotu zamówienia, tym bardziej kluczowe znaczenie miało sprecyzowanie w ofercie producenta, typu i modelu. Oczywiście jest bowiem, że dzięki temu każdy informatyk, a takimi niewątpliwie dysponuje U.O., bez trudu może na podstawie informacji dostępnych na stronach internetowych producentów tych urządzeń zweryfikować ich parametry pod kątem opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku monitorów samo potwierdzenie spełniania wymaganych parametrów, nawet po dookreśleniu dokładnej przekątnej i pozostałych parametrów, nie pozwala na zidentyfikowanie jednego konkretnego urządzenia, gdyż są to parametry typowe dla określonej w ten sposób klasy urządzeń. W szczególności ponieważ monitory o większej rozdzielczości czy znacząco lepszych kątach widzenia są droższe, a para-

metry te nie są punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, oczywiste było, że przy konkurovaniu ceną zostaną zaoferowane urządzenia spełniające minimalnie wymagane parametry. (...) sprecyzowane w ofercie typ, model, marka czy producent komputera i monitora, jako jednoznacznie określające parametry techniczne tych urządzeń, stanowią na tyle istotną treść oferty, że jej zmiana może nastąpić jedynie wyjątkowo, gdy obiektywnie nie jest już możliwe dostarczenie tych konkretnych urządzeń (np. z powodu zaprzestania ich produkcji lub wycofania ze sprzedaży). (...) Z treści tej oferty nie wynika, jaki konkretnie monitor (czyli jaki model i typ jakiego producenta) został zaoferowany. Do sprecyzowania treści oferty w tym istotnym wg SWZ zakresie doszło już po otwarciu ofert, w toku badania ofert przez Zamawiającego. (...) Przeprowadzona przez Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp czynność – choć nieprawidłowa w odniesieniu do niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, polegającej w tym przypadku na braku sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie wymaganym w SWZ – potwierdza, że Zamawiający nie byłby w stanie usunąć tej niezgodności w odpowiednim trybie, czyli przy zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż bez konsultacji z wykonawcą, których prowadzenie jest zakazane z mocy art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp, nie mógł wiedzieć, jaki typ, model, jakiego producenta chciał zaoferować A. Informacji tych nie sposób bowiem wywieść z innych dokumentów oferty (...).

Art. 226 ust. 1 pkt 6

139. Wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1455/22

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, dowodem powołanym przez odwołującego, nie może być zrzut z ekranu ze skrzynki odwołującego w aplikacji ePUAP, bowiem nie służy ona do weryfikacji podpisu elektronicznego przekazywanych nią dokumentów. Za pomocą takiego zrzutu można jedynie udowodnić, że podpisany podpisem zaufanym został formularz do przekazania oferty (vide: Uchwała NSA z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. I FPS 2/21, w której Sąd uznał, że skargę stanowiącą załącznik do formularza pisma ogólnego, podpisanego podpisem zaufanym, przesłanego przez platformę ePUAP, należy uznać za podpisaną jedynie wówczas, gdy została ona odrębnie podpisana podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym). Odwołujący na rozprawie, co prawda zaprzeczył temu twierdzeniu, jednakże dowodu na okoliczność przeciwną nie zgłosił. W ocenie Izby, za zasadne przyjąć należy stanowisko, iż w przypadku grupy dokumentów, które są spakowane do jednego folderu i „zzipowane”, można uznać za podpisane podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym tylko w sytuacji, gdy folder ten uzyskał rozszerzenie .xml. W takim przypadku folder taki posiada następujące rozszerzenie: .zip.xml.

Tymczasem folder odwołującego zawiera jedynie rozszerzenie .zip, które potwierdza, że grupa dokumentów w nim zamieszczona została sformatowana do formatu ZIP. Zarówno dowód przedstawiony przez zamawiającego (zrzuty ekranu), jak i samodzielnie przeprowadzona przez Izbę weryfikacja folderu odwołującego „(...)zip”, potwierdzają, że folder ten nie został opatrzony podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, co oznacza, że oferta (oraz inne dokumenty) nie została podpisana w sposób określony przez zamawiającego.

Art. 226 ust. 1 pkt 7

140. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3221/22

Taki sposób kalkulacji ceny należy uznać za niedopuszczalny. Zamawiający bowiem otrzymał ofertę z ceną ryczałtową za usługi podstawowe, uwzględniającą koszty, których wykonawca z tytułu tych usług ponieść nie będzie musiał (uwzględnia koszty pracy czterech pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, mimo że — jak sam wykonawca przyznał — cały ten wymiar nie będzie wykorzystany na usługi podstawowe). Tym samym Przystępujący zapewnił sobie wyższe wynagrodzenie za usługi podstawowe, które to wy-

nagrodzenie ma charakter ryczałtowy i będzie wypłacane niezależnie od zakresu wykonywanych usług, a jednocześnie zapewnił sobie uzyskanie dodatkowych punktów w kryterium dotyczącym ceny za usługi dodatkowe, (co do których nie ma nawet pewności, że zostaną zlecone) oferując cenę, która — co nie wymaga szczególnej analizy — w najmniejszym nawet stopniu nie pokrywa kosztów.

Powyższe stanowi podstawę do uznania, że zaoferowana cena za usługi dodatkowe jest rażąco niska, a jednocześnie oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważenia wymaga bowiem, że Przystępujący przyjął taki sposób kalkulacji ceny, który pozwoliłby mu na zwiększenie wynagrodzenia, które na pewno będzie mu przysługiwać (ryczałt za usługi podstawowe), zmniejszając do poziomu wręcz symbolicznego wynagrodzenie dotyczące usług, które mogą w ogóle nie wystąpić (a jeśli nawet wystąpią, to — jak przyznał Zamawiający — dotychczasowe doświadczenie wskazuje, że będą zlecone w bardzo niewielkiej ilości), a jednocześnie zapewniając sobie uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium nr 3. Takie działanie Przystępującego powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, nie sposób natomiast zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jest to „patent wykonawcy” pozwalający obniżyć koszty. Nawet jeżeli całkowity poziom wynagrodzenia pozwoli pokryć wykonawcy wszystkie koszty (finalnie otrzyma wynagrodzenie, które nie będzie niższe niż poniesione koszty), to dopuścił się on manipulacji ceną, w sposób niedozwolony zapewniając sobie przewagę w postępowaniu.

Przystępujący w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych ukształtował stawkę za roboczogodzinę usług dodatkowych, co dawało mu w zasadzie gwarancję uzyskania w tym kryterium najwyższej liczby punktów, a jednocześnie koszty związane z tymi usługami wycenił w ryczałcie wypłacanym wykonawcy niezależnie od tego, czy usługi dodatkowe wystąpią. Trudno wytłumaczyć to inaczej, niż chęcią wykorzystania bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców. W ocenie Izby jest to niezgodne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innych przedsiębiorców, którzy skalkulowali stawkę za roboczogodzinę usług dodatkowych z uwzględnieniem niezbędnych do poniesienia kosztów.

141. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3387/22

W ocenie Izby nie wykazał również Odwołujący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. (...) Ugruntowane jest również stanowisko, że naruszenie któregoś z powyżej wskazanych systemów normatywnych - aby można było zakwalifikować dany czyn, dane działanie podmiotu jako czyn nieuczciwej konkurencji - musi mieć choćby potencjalny wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tak więc aby można było zakwalifikować dane działania jako czyn nieuczciwej konkurencji musi to działanie łącznie spełniać dwie przesłanki: musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. (...) Co istotne, i co należy podkreślić w tym miejscu, zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Należy wskazać, że podstawą odrzucenia są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie.

Art. 226 ust. 1 pkt 8

142. Wyrok z dnia 8 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 777/22

Izba wskazuje, iż odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czego domaga się Odwołujący, nie jest możliwe bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Na gruncie ustawy Pzp zasadą jest obligatoryjność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny, wskazane w art. 224 ust. 1 lub 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ww. przepisy nakładają na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny oferty lub kosztu, jeśli zmaterializują się wskazane w nich przesłanki. Dzięki temu wykonawca, przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty, ma możliwość przedstawienia sposobu kalkulacji ceny czy czynników mających wpływ na cenę oferty i wykazanie, że nie ma ona charakteru rażąco niskiego. W przedmiotowym przypadku Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, co przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez Zamawiającego.

143. Wyrok z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 823/22

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. – przyp. Izba]. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu”. (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10).

Zdaniem Izby proste arytmetyczne porównanie nie może przesądzać o konieczności odrzucenia jednej z ofert. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie

zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, a także na posiadane przez wykonawcę know-how realizacji tego typu zamówień, oparte na posiadanym doświadczeniu, co powoduje możliwość zaoferowania przez przystępującego spornej ceny na przyjętym poziomie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący przedstawił model kalkulacji lub ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do postawienia omawianego zarzutu. Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie poziomu ceny, tak jakby nie była ona szczegółowo wyjaśniana. Udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostał ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa – w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

144. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2039/22

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (art. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

145. Wyrok z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3086/22

W ocenie Izby, aby zamawiający mógł skutecznie odrzucić ofertę wykonawcy z powodu rażącego zaniżenia ceny, to musi wykazać, że albo wyjaśnienia nie zostały złożone, albo mimo ich złożenia nie uzyskał informacji jakie koszty składają się na zaoferowaną cenę i jakie założenia przyjął wykonawca, albo wykazać, że wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający temu zadaniu nie podołał. Przede wszystkim nie wskazał konkretnie jakich danych w kalkulacji odwołującego brakuje i dlaczego uważa, że właśnie takie dane powinny się znaleźć w wyjaśnieniach, ani nie wykazał, że dysponuje dowodami świadczącymi, że podawane przez odwołującego poszczególne koszty w rzeczywistości są znacznie wyższe niż podane w wyjaśnieniach. Zamawiający zaś skupił się na braku dowodów pomijając dokonanie oceny, czy te informacje, które mu przedstawiono są oderwane od przedmiotu zamówienia i nie odpowiadają postawionym przez zamawiającego wymaganiom, co do ilości osób zatrudnianych, pracochłonności, czy innych elementów kosztowych.

146. Wyrok z dnia 16 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3237/22

Nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać stosownych wyjaśnień. W sytuacji, w której istotne części składowe ceny okażą się niskie, powoduje to, że całość oferty zawiera cenę rażąco niską, bowiem przeliczenie finansowania między częściami zamówienia w ten sposób, że część cen jest wysoka, a część rażąco niska jest niedopuszczalne. Dopuszczalne jest uznanie ceny za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli zostało wykazane, że jego znaczenie jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty (wyrok SO w Warszawie z 5.05.2022, sygn. akt XXIII Zs 36/22).

147. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3456/22

Przystępujący, składając wyjaśnienia, powołał się na określone okoliczności, właściwe temu wykonawcy. Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Przepisy ustawy Pzp nie określają ani treści samego wezwania, które należy skierować do wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jaki powinien być zakres czy też treść udzielonych wyjaśnień. Zatem, przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. To rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Art. 226 ust. 1 pkt 10

148. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2003/22

Żaden z dokumentów nie potwierdza, że wykonawca popełnił oczywistą omyłkę rachunkową albo omyłkę pisarską albo może inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Wymaga podkreślenia, że przyczyna podania przez wykonawcę informacji innej niż zamierzona (cyt. Niezależnie od przyczyn jej podania – informacji nieoddającej rzeczywistej woli w chwili składania danego oświadczenia) na gruncie ustawy Pzp nie może być – co do zasady – podstawą do potraktowania takiej informacji przez zamawiającego jako omyłkowej i dokonania jej poprawy, z przyjęciem założeń wskazanych przez wykonawcę już po złożeniu oferty. Także wymaga podkreślenia, że w przedmiotowej sprawie wykonawca ani w formularzu oferty ani w innym dokumencie nie zaznaczył, że wskazane ceny to ceny jednostkowe (za jedno urządzenie). Dopiero pismo wykonawcy złożone po otwarciu ofert informuje, że podana w ofercie cena jest ceną za 1 sztukę, co nie dawało Zamawiającemu podstaw do przeliczenia wartości podanych w ofercie. (...) W przedmiotowej sprawie – uwzględniając szeroko omawiane przez strony i uczestnika definiowane w orzecznictwie i doktrynie pojęcia oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia – nastąpiło błędne wyliczenie ceny, co w świetle przepisów ustawy Pzp nie podlega poprawieniu.

149. Wyrok z dnia 14 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2819/22

Zarzuty odwołania były skorelowane z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego – a więc błędem w obliczeniu ceny w związku ze wskazaniem w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT. Natomiast w toku postępowania odwoławczego okazało się, że kluczowe jest pytanie, czy usługa, będąca przedmiotem wyceny oferty Odwołującego, odpowiada usłudze będącej przedmiotem zamówienia. Gdyby usługa wyceniona w ofercie nie odpowiadała usłudze zgodnej z warunkami zamówienia, to oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Jednak ta kwestia nie była badana na etapie oceny ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w piśmie wzywającym do wyjaśnień oświadczył, że dla przedmiotu zamówienia zastosował stawkę 23% VAT. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie polemizował z takim stwierdzeniem, wskazując, że w zależności od terytorium, na jakim odbywa się transport, usługa albo nie podlega podatkowi VAT, albo objęta jest stawką 0%. Wydaje się, że dopiero po wyjaśnieniach Odwołującego, Zamawiający doszedł do wniosku że dla przedmiotu zamówienia w ramach prowadzonego postępowania właściwa jest stawka 0% VAT. Ostatecznie, w toku postępowania odwoławczego, okazało się bezsporne przypisanie odpowiedniej stawki podatku VAT do usługi transportu na określonym terytorium. Natomiast sporne okazało się zagadnienie, co właściwie jest przedmiotem zamówienia i co Odwołujący wycenił w swojej ofercie.

W konsekwencji treści wyjaśnień Odwołującego, można wywieść, że Odwołujący w momencie sporządzenia oferty miał świadomość przepisów podatkowych i odpowiednią wiedzę. O ile więc przypisanie właściwej stawki podatku VAT jest na tym etapie postępowania bezsporne, to sporne okazuje się co jest przedmiotem zamówienia i co wycenił Odwołujący. W zależności od ustaleń w tym zakresie, Zamawiający powinien podjąć odpowiednie czynności. Reasumując, na obecnym etapie postępowania, którego celem jest zawarcie umowy ramowej, w korelacji do treści oferty Odwołującego nie można było stwierdzić, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny w związku z wskazaniem błędnej stawki VAT (a tak a była podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, z którą Odwołujący polemizował w odwołaniu). W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłowe, a więc zarzuty odwołania okazały się uzasadnione. Jak już wyżej wskazano, Izba rozpatruje odwołanie w jego granicach, wyznaczonych przez zakres zarzutów, a te były skorelowane z podstawą prawną i faktyczną odrzucenia. W tych ramach Izba nie mogła podzielić stanowiska Zamawiającego.

Można zauważyć, iż już treść odpowiedzi na odwołanie koncentrowała się, w ocenie Izby, na innym problemie, niż zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT, a powiązany, jak się wydaje, raczej ze zgodnością treści oferty z warunkami zamówienia, tj. Zamawiający kwestionował w postępowaniu odwoławczym, czy zakres wyceny oferty Odwołującego jest prawidłowy. Po pierwsze – czy zakres wycenionych usług odpowiada dokumentacji postępowania (na rozprawie Zamawiający wprost stwierdził, że Odwołujący przyjął błędną podstawę wyceny), a po drugie – czy w wycenie nie są ukryte podatki płacone państwom trzecim, jeżeli nie ma dla nich podstawy w przedmiocie zamówienia (wtedy cena byłaby zawyżona). Izba nie mogła badać tych kwestii, ponieważ do tej pory nie były przedmiotem wyjaśnień, i nie były wskazane w podstawach odrzucenia oferty.

Art. 226 ust. 1 pkt 14

150. Wyrok z dnia 21 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2875/22

Jeśli chodzi o przesłankę, która nakazuje odrzucenie oferty z powodu wniesienia wadium przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, to w praktyce najczęściej przesłanka ta odnosi się do innych aniżeli pieniężne formy wnoszenia wadium. Do najczęściej spotykanych nieprawidłowości należą te dotyczące terminu, na jaki wadium zostało wniesione, a także treści i formy gwarancji. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem wadliwości treści wniesionego wadium, albowiem wadliwa gwarancja ubezpieczeniowa nr (...) złożona przez Konsorcjum – wbrew temu co wymagał Zamawiający w pkt 18.3. IDW – nie zawiera klauzuli stanowiącej, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą poddane jurysdykcji

sądów polskich. Gwarancja ta w pkt 10 przewiduje, że wszelkie spory mogą wynikać na tle gwarancji będą rozstrzygane przez sąd miejscowo właściwy dla siedziby gwaranta, tj. firmy X, czyli przez sąd brytyjski. W ocenie Izby powyższe przesądza o nieprawidłowości wniesionego wadium, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, który dostarczył Zamawiającemu dokument wadialny zawierający treść sprzeczną z wymaganiami Zamawiającego.

Argumentacja Konsorcjum sprowadzająca się do próby wykazania, że przepisy ustawy PZP nie dają uprawnienia Zamawiającym do jednostronnego kreowania zasad wnoszenia wadium, w tym narzucania klauzuli prorogacyjnej, jest nie do zaakceptowania. Zamawiający ma swobodę w tworzeniu i doprecyzowaniu warunków zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami. Nie może jedynie tworzyć takich wymagań, które byłyby sprzeczne z ustawą PZP lub innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Konsorcjum w żadnym miejscu swojego odwołania nie wskazało na przepisy prawa, których zastosowanie powodowałyby, że wymóg Zamawiającego w zakresie poddania wszelkich sporów wynikających z gwarancji jurysdykcji sądów polskich, nie jest dla wykonawców wiążący, tj. że w taki sposób sformułowany zapis SWZ należy uznać za nieważny. Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie prawa cywilnego (art. 3853 pkt 23 w zw. z art. 3851 § 1 Kodeksu cywilnego) klauzula prorogacyjna może być uznana za niedozwolone postanowienie umowne i jako taka nieważna w obrocie konsumenckim i to o ile nie była ona indywidualnie uzgodniona pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem, tj. jeśli zgodnie z art. 3851 § 3 Kodeksu cywilnego konsument nie miał rzeczywistego wpływu na jego treść.

W niniejszej sprawie mamy natomiast do czynienia z obrotem profesjonalnym. Wykonawca nie dość, że nie wskazał w treści odwołania, z którymi konkretnie przepisami prawa powszechnie obowiązującego skarżony zapis pkt 18.3. IDW miałby być sprzeczny, to na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego nawet nie skorzystał z możliwości zaskarżenia niekorzystnych jego zdaniem zapisów dokumentacji zamówienia, tylko teraz, niejako wtórnie, kwestionuje je przy okazji zaskarżenia czynności odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby zapis pkt 18.3. IDW, który wymaga dostarczenia Zamawiającemu przez wykonawców wadium zawierającego w swojej treści klauzulę poddającą wszelkie spory wynikające z gwarancji jurysdykcji sądów polskich, nie jest niezgodny z przepisami prawa. Zamawiający miał prawo wymagać od wykonawców wniesienia wadium w takiej formie, aby dochodzenie ewentualnych roszczeń z gwarancji nie było utrudnione. Mając powyższe na uwadze Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

151. Wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2974/22

W przyznaniu rozpoznawanej sprawy odwoławczej należy stwierdzić, że zgodnie z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego Dział 1 pkt 3 – która to informacja nie była kwestionowana w żaden sposób przez Zamawiającego – Firma wykonawcy to X. Taką firmą wykonawcy w piśmie z dnia 4 listopada 2022 roku, w uzasadnieniu podstawy odrzucenia, posługuje się również Zamawiający. Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że podana w Gwarancji wadialnej „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr (...) z dnia 2022-10-24” firma Odwołującego tj.: X jest prawidłowa i zgodna z rejestrem KRS. Tym samym w gwarancji wadialnej wykonawca nie został określony błędnie, jak podał to Zamawiający, ponieważ do określenia wykonawcy niezbędne jest podanie firmy wykonawcy, która w tym przypadku została podana prawidłowo i odpowiada tej podanej w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Zamawiający natomiast, co wynika z treści uzasadnienia faktycznego, błędnie identyfikuje „błędne określenie wykonawcy” z podaniem w gwarancji wadialnej nieaktualnej siedziby, a w zasadzie adresu. Mając na uwadze powyższy wywód nie sposób uznać, że błędnie został określony podany w gwarancji wykonawca, bowiem adres czy podanie siedziby nie identyfikuje tego wykonawcy zgodnie z regulacjami KC i KSH jako określenia wykonawcy, w tym przypadku spółki jawnej, która zidentyfikowana jest przez podanie jej firmy. Podanie nieaktualnego adresu wykonawcy nie zmienia samego określenia wykonawcy, bowiem firma wykonawcy została podana zgodnie ze stanem faktycznym wynikającym z Krajowego Rejestru Sądowego.

Wskazany w gwarancji wadialnej adres jest adresem pod jakim wcześniej funkcjonowała spółka – Odwołujący, co również wynika z KRS. Podanie tego adresu nie zmienia jednakże określenia samego wykonawcy. Zgodnie z przedstawionymi dokumentami tj. wniosek uproszczony z dnia 21 października 2022 roku, jaki został złożony przez wykonawcę do wystawcy gwarancji wadialnej (dowód załączony do odwołania) adres wykonawcy został podany zgodnie z aktualnym adresem wynikającym z KRS. W gwarancji wadialnej natomiast gwarant podał dotychczasowy adres wykonawcy tj. (...). Na podstawie oświadczenia z dnia 7 listopada 2022 roku, które zostało przedstawione przez Odwołującego, a pochodzącego od wystawcy gwarancji wadialnej, w sposób jednoznaczny wynika, że podanie dotychczasowego adresu wykonawcy w gwarancji wadialnej nie wpływa na ważność tej gwarancji. Złożone oświadczenie odpowiada istocie regulacji prawnych, o których mowa wyżej, i z których wynika jednoznacznie, że określenie wykonawcy to wskazanie firmy tego wykonawcy.

152. Wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 3001/22

Zarzuty odnosiły się do prawidłowości decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.226 ust. 1 pkt 14 w związku z uznaniem, iż złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, nie było prawidłowym wniesieniem wadium. Zamawiający tak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie odnosił się do podpisu zaufanego, jakim został opatrzony dokument złożony wraz z ofertą. Zdaniem Odwołującego, kwestie dotyczące weryfikacji podpisu elektronicznego osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu (Pana X), jakim opatrzony został dokument złożony w postępowaniu, wykraczały poza okoliczności wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty i tym samym nie mogły wpływać na ocenę prawidłowości czynności odrzucenia jego oferty. (...)

W ocenie składu orzekającego nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż kwestia podpisu elektronicznego osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu wadialnego, wykraczała poza okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty. Zamawiający oceniając złożony dokument wskazał, iż został on jedynie podpisany przez Wykonawcę podpisem zaufanym, co prowadziło do stwierdzenia braku skuteczności zabezpieczenia oferty wadium. Tym samym, Zamawiający uznał, iż dokument nie został podpisany przez osobę upoważnioną do wystawienia wadium, tak jak wymagał tego w SWZ. Wniosek ten jest jedynym logicznym w świetle okoliczności dotyczących dokumentu wadium składanego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Odwołujący próbował wykazać, iż kwestia jego podpisu pod dokumentem była jedyną przeszkodą dla uznania, iż złożony dokument nie jest dokumentem oryginalnym, podpisanym przez osobę upoważnioną do jego wystawienia. Choć Zamawiający nie opisał tak szczegółowo wszystkich kwestii dotyczących znaczenia podpisu Wykonawcy pod dokumentem złożonym w postaci elektronicznej, jak uczynił to w odpowiedzi na odwołanie, to nie można pominąć, iż zasadniczą kwestią badanego dokumentu było złożenie podpisu zaufanego przez osobę upoważnioną do jego wystawienia, co pozwoliłoby uznać, iż dokument ten jest dokumentem oryginalnym.

Odnosząc się zatem do podpisu, jakim opatrzony został dokument złożony wraz z ofertą, przedstawione dowody z walidacji podpisu zaufanego wskazują, że dokument nie był dokumentem oryginalnym, opatrzonym podpisem zaufanym Pana X, a jedynie podpisem zaufanym Odwołującego.

Na rozprawie Odwołujący w ogóle nie odniósł się do tej okoliczności, co czyniło jego argumentację wybiórczą, podyktowaną jedynie dążeniem do wykazania, iż jego podpis pod dokumentem elektronicznym miał nie pozbawiać oryginalności dokumentu złożonego wraz z ofertą. Taki wniosek nie był uprawniony bez wykazania, iż dokument złożony wraz z ofertą był dokumentem oryginalnym, a to wymagało przede wszystkim wykazania, iż został opatrzony podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do jego wystawienia. Odwołujący takiego dowodu nie przedstawił, a załączone do pisma procesowego wydruki, podane weryfikacji w aplikacji służącej do walidacji podpisów, wskazują na brak podpisu zaufanego osoby upoważnionej do wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Co istotne, w dokumentacji postępowania znajdują się dowody potwierdzające, iż jedynym podpisem, jakim została opatrzona gwarancja ubezpieczenia zapłaty wadium, był podpis zaufany Odwołującego.

Skład orzekający podziela w całości stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i dotyczące konsekwencji, jakie dla elektronicznego dokumentu wadialnego ma brak walidacji podpisu zaufanego, w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE seria L 2014 Nr 257, str. 73 – Rozporządzenie eIDAS). W ślad za informacjami zamieszczonymi w komunikacie wygenerowanym dla dokumentu, który nie został opatrzony zaufanym podpisem należy wskazać, iż „stosownie do: art. 3, pkt 25 eIDAS, dokument nie zapewnia autentyczności pochodzenia oraz integralności; art. 35, pkt 2 eIDAS, dokument nie korzysta z domniemania integralności danych i autentyczności pochodzenia; art. 18 ust. 1 UUZ lub art. 20b, ust. 1 UIDPRZP, dokument może nie wywoływać skutków prawnych”. W świetle powyższego, należy przyznać rację twierdzeniu Zamawiającego, iż złożony dokument nie był dokumentem oryginalnym, opatrzonym podpisem osoby upoważnionej do jego wystawienia. Tym samym nie mógł wywołać skutków prawnych, jakie wiążą się ze złożeniem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, tj. zabezpieczenia oferty wadium. Skład orzekający podziela prezentowane w orzecnictwie wnioski, iż wniesienie wadium w postępowaniu powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta) (tak w wyroku KIO z 19.12.2019 r., sygn. akt KIO 2464/19). W niniejszej sprawie nie było możliwe stwierdzenie, aby dokument złożony wraz z ofertą był przekazany w takiej formie w jakiej został wystawiony, tj. jako dokument elektroniczny opatrzony odpisem wystawcy (gwaranta).

Podnoszone przez Odwołującego argumenty związane z opłaceniem gwarancji i skutecznym zawarciem umowy, nie mają znaczenia, gdyż dla zabezpieczenia oferty wadium konieczne było złożenie wraz z ofertą oryginału dokumentu elektronicznego, co zostało wyraźnie wskazane w SWZ.

153. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3194/22

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową łączącą Gwaranta z Odwołującym, a zatem w przypadku interpretacji jej zapisów, zastosowanie znajdują ogólne zasady wykładni oświadczeń woli określone w art. 65 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zgodnie z § 2 powyższego artykułu, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na ich dosłownym brzmieniu.

Zamawiający nie wykazał, iż zbadał złożoną gwarancję ubezpieczeniową pod kątem celu, w jakim zostało złożone oświadczenie woli. Kwota, na jaką została zawarta gwarancja, została cyfrowo wskazana w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...), a ponadto kwota wskazana cyframi arabskimi została dodatkowo pogrubiona. Jak trafnie zauważył Odwołujący, pomiędzy kwotą wskazaną liczbą, a kwotą zapisaną słownie, nie istniały zupełne rozbieżności, a jedyna różnica polegała na omyłkowym pominięciu wyrazu „pięćdziesiąt”. Tym samym z łatwością dało się ustalić, iż prawdopodobnie przy słownym zapisie kwoty wadium, doszło do omyłkowego pominięcia słowa „pięćdziesiąt”.

Racjonalnym jest założenie, że celem Wykonawcy było skuteczne wniesienie zabezpieczenia w wymaganej przez Zamawiającego kwocie. Ofertę składa Wykonawca, któremu zależy na uzyskaniu zamówienia, a zatem również na prawidłowym złożeniu oferty. Trafnie również zauważył Odwołujący, że pozbawione rozsądnego uzasadnienia wydaje się, żeby gwarant świadomie udzielił gwarancji wadialnej na kwotę niższą, pomimo zlecenia wystawienia gwarancji na kwotę odpowiadającą wymogom SWZ.

154. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3529/22

Nie było pomiędzy stronami sporne, że odwołujący nie załączył do oferty oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, lecz załączył elektroniczną kopię (skan) wydruku dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej.

niowej sporządzonej w postaci elektronicznej, opatrzony przez odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na ww. dokumencie widoczna jest wizualizacja podpisu wystawcy, jednakże podpis ten nie jest widoczny przy weryfikacji, jakiej się dokonuje w odniesieniu do kwalifikowanych podpisów elektronicznych. (...) Zarówno z postanowienia zawartego w pkt 11.5 SWZ, jak i przepisu art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, jednoznacznie wynika, że wykonawca składając ofertę w Postępowaniu obowiązany był do złożenia oryginału gwarancji. Złożenie kopii gwarancji, bez względu na to, czy została ona podpisana przez wykonawcę czy nie, nie stanowi wypełnienia wymogu określonego w ww. postanowieniu SWZ oraz przepisie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp. Wobec jednoznaczności normy zawartej w art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, wskazującej na obowiązek złożenia oryginału gwarancji lub poręczenia, nie istnieje potrzeba sięgania po wykładnię celowościową tego przepisu. (...) Niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji podlega kwalifikacji jako wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 16

155. Wyrok z dnia 16 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1210/22

Odwołujący podnosi przy tym, w sposób czysto publicystyczny, kwestie związane z bezpieczeństwem, konfliktem w Ukrainie, rolą lotniska w Rzeszowie w działaniach NATO itp. - jakby nie rozumiejąc, że zamawiane urządzenie, podobnie jak cały system obsługi bagażu rejestrowanego, ma zastosowanie wyłącznie do pasażerów lotów rejsowych, cywilnych i tylko do bagażu normatywnego. Nawet nadanie roweru czy kontrabasu wymaga innej procedury i zastosowania innego urządzenia niż skaner (...) dostarczany w ramach zamówienia. Z całą pewnością tym bardziej transporty wojskowe nie są odprawiane w hali odlotów, z ograniczeniem maksymalnej wielkości bagażu - i dopłatą za nadbagaż. Ten przykład, w swojej absurdalności najlepiej obrazuje, że brak jest związku przedmiotu zamówienia z istotnymi dla bezpieczeństwa publicznego obszarami działalności lotniska w Rzeszowie co zresztą jest jedną z przyczyn prowadzenia postępowania z wyłączeniem przepisów o zamówieniach z sektora bezpieczeństwa i obronności. Infrastruktura wykorzystywana do obsługi lotów cargo, czy zwłaszcza lotów specjalnych, operacji wojskowych nie jest prowadzona z wykorzystaniem terminala pasażerskiego i taśmociągów bagażowych przeznaczonych dla bagażu nadawanych w punktach odpraw.

Zupełnie pomija przy tym Odwołujący, że urządzenia firmy X są z powodzeniem instalowane i wykorzystywane na terenie całej Europy, w tym również w Polsce (lotnisko Okęcie, port lotniczy w Radomiu) — i nikt do tej pory nie kwestionował, aby zagrażało to jakimkolwiek interesom publicznym.

(...) W świetle art. 226 ust. 1 pkt 16 PZP zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Przed odrzuceniem oferty na podstawie tego przepisu konieczne jest zatem ustalenie czy odrzucenie oferty jest jedynym sposobem na zagwarantowanie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Należy przy tym zauważyć, że tego typu zamówienia zostały zwolnione z obowiązku stosowania przepisów PZP, w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 12 ust. 1 pkt 2 PZP). Zatem przepis art. 226 ust. 1 pkt 16 PZP znajdzie zastosowanie w przypadku, w którym w momencie wszczęcia postępowania możliwe było udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów PZP, ale przyjęcie złożonej w tym postępowaniu oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa w sposób niepozwalający na jego ochronę za pomocą innych działań niż odrzucenie oferty.

Z powyższego wynika, że podnoszone przez Odwołującego zastrzeżenia administracji USA z października 2020 r., jeżeli miałyby świadczyć o rzeczywistym zagrożeniu dla bezpieczeństwa, jako że były znane w dacie ogłaszania postępowania, winny spowodować zmianę w jego trybie. Tymczasem Zamawiający

- i słusznie – uznał, że dostawa systemu dla obsługi bagażowej lotów cywilnych nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego. Jeżeli w oparciu o dane z 2020 r. Odwołujący kwestionuje taką ocenę, winien zaskarżyć wybór trybu postępowania.

Warto w tym miejscu zauważyć, że Przystępujący współpracuje ze spółką X - podmiotem prawa polskiego, odpowiadającym według polskich przepisów. Spółka ta jest producentem oferowanego urządzenia, a jego produkcja oferowanego urządzenia odbywa się na terenie Polski - zatem jest oczywiste, że Państwo Polskie ma pełen wachlarz środków zabezpieczających interes publiczny, jakich może używać wobec ww. spółki, w ramach jej bieżącej działalności. Brak takich działań wymownie świadczy o tym, że zagrożenie na które powołuje się Odwołujący, to wyłącznie zjawisko publicystyczne. Co więcej, oferowane urządzenie, przeznaczone do wykorzystania w portach lotniczych, musi przejść długotrwały proces certyfikacji przez niezależne, międzynarodowe organy kontrolne ECAC (Europejska Konferencja Lotnictwa Cywilnego - European Civil Aviation Conference). Certyfikacja obejmuje między innymi skuteczność urządzenia oraz zgodność z międzynarodowymi normami bezpieczeństwa, w tym poziom zabezpieczenia pozyskiwanych danych a jakkolwiek zmiana w produkcie wymaga ponownego przejścia procesu certyfikacji dla całego urządzenia. Oznacza to, że niezależnie od „ocen” przytoczonych przez Odwołującego, bezpieczeństwo i wiarygodność oferowanego urządzenia X oraz jego producenta została zweryfikowana przez organizację ECAC odpowiadającą za bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego na świecie. Weryfikacja ta przebiegła pomyślnie - czego dowodem jest dopuszczenie urządzenia do stosowania.

Po drugie, należy zgodzić się z autorką komentarza, że warunkiem zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty, jest ustalenie, że jest to jedyny sposób zabezpieczenia. Przesłanka ma wyjątkowy charakter i odnosi się do niezdefiniowanych w PrZamPubl pojęć bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa. Ich interpretacja musi następować jednak przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Odrzucenie powinno nastąpić tylko i wyłącznie, gdy w przypadku przyjęcia oferty doszłoby do naruszenia i sytuacja taka ma charakter nieuchronny (nie można jej w żaden inny sposób zaradzić). Tymczasem Odwołujący nie zaoferował niczego, co pozwoliłoby ustalić jakiejkolwiek okoliczności w powyższym zakresie. Uzasadnienie pozostaje na poziomie publicystyki, spekulacji, powtarzania plotek i wątpliwości natury globalnej, snując nieokreślone wizje zagrożenia nie wiadomo jakich interesów, nie wiadomo w jaki sposób, w jakim obszarze. Zarzut odwołania powinien być należycie uzasadniony i udowodniony - w zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 16 PZP oznacza to, że Odwołujący dla powodzenia swojego zarzutu powinien wykazać kolejno: a) jaki konkretnie interes publiczny jest nieuchronnie zagrożony, b) na czym polega zagrożenie, w czym się przejawia, c) czy Zamawiający mógł uchylić to konkretne zagrożenie w inny sposób i dopiero w przypadku wykazania kwestii z pkt. a) i b) oraz negatywnej odpowiedzi na zagadnienie c), można mówić o uzasadnionym zarzucie wobec Zamawiającego. Nie spełnia tych kryteriów powołanie się na fakt, że administracja USA ma wątpliwości co do rzetelności firmy X. Należy bowiem podkreślić, że poza cytowanymi odwołaniu spekulacjami (nader ostrożnymi - podkreśla się w każdym zdaniu, że są to jedynie oceny autora, a nie ustalenia faktyczne), żadne zarzuty wobec X nie zostały formalnie postawione i udowodnione przed niezależnymi organami. Wobec powyższego, mając na uwadze treść odwołania (w tym sposobu sformułowania zarzutu), zarzut podniesiony przez Odwołującego jest co najmniej niewykazany.

Art. 240

156. Wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 361/22

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp, po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający ma prawo preferować rozwiązania, w szczególności dodatkowo punktować te produkty i dostawy, które zapewnią mu określone funkcjonalności. Zamawiający opisując poszczególne wymagania może wziąć pod uwagę nie tylko względy funkcjonalne ale także zapewnienie wygody, komfortu użytkowników oraz zapewnienie większego bezpieczeństwa oferowanych towarów. Zamawiający ma zatem prawo „premiować” dodatkowymi punktami rozwiązania, które według niego są rozwiązaniami korzystniejszymi. Podkreślić przy tym należy, że przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość

i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający dysponuje ponadto nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów.

157. Wyrok z dnia 20 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2311/22

Kryteria oceny ofert muszą więc zostać opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi w ustawie Pzp, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co więcej nie powinien w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. Tak więc Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich ustaleniu. Istotne jest bowiem aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. (...) Zamawiający może bowiem tak ustalić kryteria oceny ofert aby dokonać zakupu, który najbardziej odpowiada jego potrzebom. Zamawiający, który decyduje się na wprowadzenie takiego kryterium, musi jednak wziąć pod uwagę nie tylko to, co jest przedmiotem zamówienia, ale analizie musi także poddać rynek potencjalnych wykonawców, aby nie zakłócić konkurencji a tym samym poprzez wprowadzenie tego kryterium nie ograniczyć liczby wykonawców mogących złożyć oferty ważne oraz korzystne cenowo i ekonomicznie. W warunkach rynkowych dotyczących rynku pojazdów szynowych sposób kształtowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do terminów dostawy, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określone podmiotowi ma rzeczywiście szczególnie istotne znaczenie dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców.

158. Uchwała z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO/KD 32/22

Izba zgadza się z Kontrolującym, że w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym odpowiedni dobór i dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w postępowaniu, jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej, czyli przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. To między innymi opis kryteriów oceny ofert decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Warunkiem zachowania powyższych zasad jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również opisanie co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie przebiegała. Chodzi o to, aby wykonawcy mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności muszą wiedzieć jakie warunki zaproponować, aby ich oferta została najwyżej oceniona. (...) Podkreślić należy bowiem, że ustalone w SWZ kryteria, co wynikać musi z zamieszczonego tam opisu, muszą umożliwić wykonawcy prześledzenie procesu w jaki sposób Zamawiający zamierza dokonać porównania złożonych ofert. Zamawiający nie może zatem, dopiero na etapie dokonywania oceny złożonych w postępowaniu ofert, w sposób całkowicie dowolny tj. taki, który wydaje mu się logiczny, przyznawać punktów poszczególnym wykonawcom.

159. Wyrok z dnia 29 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3285/22

Izba uznała, że w kontekście zarzutu Odwołującego jakoby niedopuszczalne było zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert ocenianych jedynie na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę w formie deklaracji zawartych w formularzu ofertowym należy wskazać, że art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie może być interpretowany w oderwaniu od art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie wprost wskazano na możli-

wość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, a tym samym - przy takiej interpretacji - nie są weryfikowalne na etapie składania ofert, a jedynie na podstawie deklaracji zawartej w ofercie wykonawcy. Ustawodawca wprost wymienia takie kryteria jak serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okres realizacji. Jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, na gruncie przepisów ustawy PZP sama treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego. W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Zatem oferta jest jedynie deklaracją, która ma określone skutki prawne.

W odniesieniu zaś do przytoczonych przez Odwołującego przepisów dyrektywy klasycznej, Izba uznała iż zostały one w sposób nieuprawniony zinterpretowane. Zgodnie z motywem 92 dyrektywy 2014/24/UE Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. W odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny w niniejszej dyrektywie przedstawiono otwarty wykaz możliwych kryteriów udzielenia zamówienia, który obejmuje aspekty środowiskowe i społeczne. Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Stosownie do art. 67 ust. 4 ww. dyrektywy Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

Z powyższego wynika, że skuteczna weryfikacja informacji przedstawianych przez oferentów będzie zapewniona przez wskazanie przez wykonawców poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert. Potwierdza to również stanowisko TSUE z 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00, zgodnie z którym sama okoliczność, że kryterium oceny odnosi się do elementu faktycznego, który precyzyjnie będzie znany dopiero po zakończeniu realizacji (a nie w chwili wyboru oferty), nie może być uznana za równoznaczną z przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. (...) Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów już nieobowiązujących, niemniej pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność. Zatem, kryteria dotyczące etapu realizacji i opierające się na deklaracji wykonawcy nie powinny być automatycznie uznane za nieweryfikowalne.

Art. 241 ust. 1 i 2 Pzp

160. Wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/22

(...) 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 czy „kryterium elektromobilności” wprowadzone jako kryterium oceny ofert może być uznane za związane z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, że kryterium to związane jest z przedmiotem zamówienia, skoro

zgodnie z OPZ cz. V i VI przedmiotem zamówienia objęty jest zarówno odbiór odpadów z MGO, jak i ich transport do miejsc zagospodarowania w przypadku korzystania przez wykonawcę ze stacji przeładunkowej, co odzwierciedlone zostało również we wzorze umowy, §2 stanowiącym, że przedmiotem zamówienia jest m.in. odbiór odpadów komunalnych z MGO i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej. Zdaniem Izby nie ma żadnych przesłanek ustawowych do przyjęcia wąskiego rozumienia związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia poprzez ograniczenie go wyłącznie do części świadczenia głównego wykonawcy tj. do obioru odpadów. 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.

Art. 242 ust. 2

161. Wyrok z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22

Podkreślić należy, że w zamówieniach publicznych dostęp do zamówienia nie można utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Wymagania zawarte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach udziału w postępowaniu determinują krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Kryteria oceny ofert stanowią instrument pozwalający Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Istotny jest zatem zarówno właściwy dobór kryteriów w zależności od przedmiotu zamówienia, ale także ich opis dokonany w taki sposób, aby wykonawca składający ofertę posiadał konkretną wiedzę o tym, które elementy i w jaki sposób będą podlegały ocenie. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż pozwala potencjalnemu wykonawcy ocenić szanse na uzyskanie zamówienia. Właściwy dobór kryteriów daje także zamawiającemu możliwość osiągnięcia celu postępowania, tj. wyboru oferty spełniającej jego oczekiwania i realizację zamówienia (zob. wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., KIO 177/20). Ponadto, co istotne, kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców” ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miałyby być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości.

162. Wyrok z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1128/22

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, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Istotne jest przy tym również to, aby waga danego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości była określona w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem obiektywnie zidentyfikowanych korzyści jakie zamawiający uzyska poprzez jego wprowadzenie. Przypisanie wagi poszczególnym kryteriom jakościowym nie może w sposób niezasadny i dyskryminacyjny pośrednio czy bezpośrednio preferować określone rozwiązania techniczne czy określone produkty. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w poszczególnych kryteriach. Nie mogą to być ustalenia dowolne i nie mogą prowadzić do sytuacji, w których porównywanie jakościowe produkty na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach kryteriów oceny ofert, nie mogą skutecznie rywalizować z procesie ubiegania się zamówienia publiczne z uwagi na niezasadne preferencje w kryteriach jakościowych. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz nieuprawnionym nierównym traktowaniem wykonawców. (...)

Izba nie neguje prawa Zamawiającego do określenia wagi danego kryterium oceny ofert. Kompetencja ta przysługuje zamawiającemu. Nie ma ona jednakże charakteru nieograniczonego czy dowolnego. Zamawiający stosując określone kryteria jakościowe ma obowiązek nie tylko wykazać w razie sporu wpływ zaproponowanego kryterium na jakość zamówienia, ale także uzasadniać przypisanie mu określonej wagi. Ten proces weryfikacji czynności zamawiającego nie może być wyłącznie oparty na subiektywnych ocenach burmistrza czy członków komisji przetargowej. Dobór parametrów i określenie ich wagi musi wynikać z obiektywnie uzasadnionych okoliczności, nie zaś subiektywnego przeświadczenia Zamawiającego, że tak będzie lepiej. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji przyznania przez Zamawiającego szczególnych preferencji określonym rozwiązaniom technicznym. Takie preferencje winny być w sposób obiektywnie weryfikowalne. Innymi słowy, Zamawiający ma obowiązek wykazać za pomocą obiektywnych dowodów źródła owych preferencji technologicznych, w jaki konkretnie sposób wy wpływają one na wyższą jakość zamówienia, niedostępną w innych porównywalnych rozwiązaniach czy produktach. Takich okoliczności, zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał.

163. Wyrok z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2083/22

Kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej poprzez wartościowanie ich korzystności i stopnia spełnienia oczekiwań zamawiającego, które zostały określone w dokumentach zamówienia. Z kolei kryteria o charakterze pozacenowym (tzw. Kryteria jakościowe), których katalog jest otwarty i przykładowo zostały wymienione w art. 242 ust. 2 ustawy PZP, premiuje takie oferty, które zawierają pożądane przez zamawiającego elementy mające wpływ na realizację przedmiotu zamówienia w odniesieniu do cech przedmiotu zamówienia lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W szczególności takie kryterium może odnosić się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Izba uznała za niedopuszczalny i niezajdujący umocowania w przepisach ustawy PZP zabieg Zamawiającego polegający na takim sformułowaniu kryteriów oceny ofert, w którym jednocześnie nagradza się dodatkowymi punktami wykonawców delegujących do realizacji zamówienia osoby o wysokim poziomie wiedzy merytorycznej i umiejętności oraz dąży do wyeliminowania z przetargu tych oferentów, którzy nie są w stanie zapewnić specjalistów posiadających wiedzę merytoryczną i umiejętności na minimalnym wymaganym poziomie. De facto Zamawiający stworzył dodatkową, niewymienioną w art. 226 ust. 1 ustawy PZP przesłankę odrzucenia oferty. Próba podciągnięcia takiego sposobu określenia kryteriów oceny ofert pod przesłankę z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, co w zamyśle Zamawiającego miałoby służyć zapobiegnięciu delegowania przez zwycięskiego wykonawcę do realizacji zamówienia osób niemających odpowiedniej wiedzy merytorycznej i umiejętności, nie znajduje uznania w oczach Izby. Wskazać

należy, że kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu – dlatego w pierwszej kolejności Zamawiający ocenia, czy nie zachodzą powody do odrzucenia oferty na podstawie przesłanek z art. 226 ust. 1 ustawy PZP, a dopiero później Zamawiający dokonuje oceny, która spośród ofert złożonych w postępowaniu jest najkorzystniejsza. Tak więc już tylko z powodu dokonania rozszerzającej wykładni art. 226 ust. 1 ustawy PZP przez Zamawiającego zarzut nr 3 odwołania zasługiwał na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę na to, że pozacenowe kryteria oceny ofert mają na celu nagradzanie wykonawców oferujących usługi o wysokim poziomie jakości, jeśli chodzi

o cechy przedmiotu zamówienia lub sposób jego realizacji. Kryteria pozacenowe nie służą automatycznemu eliminowaniu z postępowania ofert tych wykonawców, którzy nie są w stanie spełnić minimalnych wymagań stawianych przez Zamawiającego.

164. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2458/22

Izba uznała, że Zamawiający drobiazgowo opisał swoje oczekiwania oraz dokładnie i zrozumiale określił sposób, w jaki będzie oceniał złożone przez wykonawców oferty w zakresie podkryteriów „Jadłospisu dekadowego” i „Struktury organizacyjnej” – zapisy SWZ nie budzą w tym aspekcie żadnych wątpliwości i nie można zarzucać Zamawiającemu dowolności w dokonywaniu oceny ofert. Nie można oczekiwać od Zamawiającego, że jeszcze bardziej uszczegółowi podkryteria oceny ofert. (...)

Podobnie nie ma podstaw do twierdzenia, że złożone oferty to jedynie deklaracje bez pokrycia i że nie będą one w żaden sposób weryfikowane przez Zamawiającego. W istocie rzeczy każda oferta jest zobowiązaniem wykonawcy na przyszłość, że zrealizuje on zamówienie w określony sposób, która wynika z treści oferty oraz jest zgodny z warunkami zamówienia i czyni zadość podstawowym zasadom wykonywania zobowiązań wzajemnych. Jeśli wybrany wykonawca uchybi swojemu zobowiązaniu, to wówczas poniesienie odpowiedzialność kontraktową (np. narazi się na konieczność zapłaty kary umownej lub umowa zostanie mu wypowiedziana), natomiast w skrajnych sytuacjach w grę mogą wchodzić również inne rodzaje odpowiedzialności prawnej. Odwołujący formułując oczekiwanie, że Zamawiający powinien żądać od wykonawców wykazania np. certyfikatów lub zaświadczeń potwierdzających prawidłową realizację jadłospisów u innych zamawiających w innych postępowaniach de facto usiłuje przeforsować własną, korzystną dla siebie wizję prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, pomijając jednocześnie że to właśnie Zamawiający jest gospodarzem takiego postępowania, to Zamawiający zna dobrze swoje uzasadnione potrzeby i ma swobodę ustalenia zasad udziału w takim postępowaniu oraz określenia kryteriów i sposobu oceny ofert, w granicach obowiązujących przepisów prawa.

Art. 246 ust. 1

165. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3492/22

W jednym z kryteriów, tj. kryterium Miesięczny ryczałt za wpłaty i wypłaty gotówkowe w okresie obsługi kasowej ((C) 60%) Zamawiający przewidział zastosowanie następującego wzoru służącego do oceny w ramach tego kryterium: $Pof = 60 - (Cof - Cmin) / (Cmax - Cmin) * 60$ pkt.

Powyższy wzór jest nieprawidłowy z uwagi na okoliczność, że nie istnieje możliwość jego zastosowania w przypadku, gdy zostałyby złożona tylko jedna oferta. W takiej sytuacji, przy stosowaniu powyższego wzoru, konieczne byłoby przeprowadzenie działania matematycznego polegającego na dzieleniu przez cyfrę zero, co nie jest działaniem możliwym.

W przypadku, gdy zostałyby złożone dwie oferty w postępowaniu lub wpłynęłyby więcej ofert niż dwie, wówczas każdorazowo oferta z ceną najkorzystniejszą otrzymałaby 60 punktów, zaś oferta druga pod względem ceny i kolejne otrzymałyby zero punktów. Zastosowanie powyższego wzoru każdorazowo

doprowadzi do sytuacji, gdzie jedynie oferta z ceną najniższą otrzyma 60 punktów (co stanowi maksimum), zaś pozostałe oferty uzyskają 0 punktów. Powyższe wskazuje na brak możliwości prawidłowego przyznania punktów złożonym ofertom, brak jakiegokolwiek zróżnicowania punktacji. Ta sytuacja finalnie oznacza również, że jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty w postępowaniu jest najniższa cena. W ramach pozostałych dwóch kryteriów ustanowionych przez Zamawiającego, Wykonawcy mogli uzyskać łącznie 40 punktów (35 punktów w ramach kryterium II i 5 punktów w ramach kryterium III). Zamówienie uzyska jednak Wykonawca, który złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, gdyż Wykonawca ten otrzymałby 60 punktów w pierwszym kryterium, nawet jeśli nie zaoferował żadnych świadczeń w ramach kryterium II i III. Sytuacja, gdy w postępowaniu jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty jest najniższa cena, jest niezgodna z dyspozycją artykułu 246 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Wprowadzie Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział dwa dodatkowe kryteria oceny ofert, jednak okoliczność ta nie zmienia tego, że tylko zaoferowana cena (oceniana w ramach kryterium I), decyduje o pozycji oferty w rankingu i wyborze oferty. Powyższe oznacza, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 246 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 253 ust. 1

166. Wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 253/22

Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek przedstawienia w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oprócz informacji o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, również stosowne uzasadnienie faktyczne i prawne. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie 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. Celem powyższej regulacji jest to, aby w każdym przypadku wykonawcy mieli możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieli na jakiej podstawie ich własna oferta, ale też oferta konkurencji, została oceniona w dany sposób. Powyższe jest tym bardziej istotne w sytuacji gdy ocena oferty dokonywana jest w kryterium pozacenowym, co miało miejsce w niniejszym przypadku, która siłą rzeczy zawiera pewne elementy uznaniowości.

O podstawach takiej, a nie innej oceny, wykonawcy powinni zostać zatem należycie powiadomieni, a już zwłaszcza w przypadku, gdy ich koncepcja nie uzyskała maksymalnej liczby punktów. Wszystkie informacje o podstawach czynności zamawiającego Odwołujący powinien uzyskać z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Sytuacja, w której wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty, niewątpliwie nie sprzyja zasadom uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wyrażonym w art. 16 ustawy Pzp (por. wyrok KIO 11 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 863/21). Słusznie zatem argumentował Odwołujący, iż to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, 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.

167. Wyrok z dnia 3 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 425/22

W niniejszym postępowaniu odwoławczym mamy do czynienia z sytuacją, w której następczo - w związku z wniesionym przez Odwołującego odwołaniem w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 oraz stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, który częściowo uwzględnił zarzuty odwołania - unieważniony został wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 21 stycznia 2022 r., przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy

czynności odrzucenia oferty Odwołującego zakomunikowanej wykonawcom w tym samym dniu. Odwołujący z powyższego działania Zamawiającego wywodził naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie unieważnienia przez Zamawiającego równocześnie z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności badania i oceny tej oferty.

W ocenie Izby Odwołujący w sposób nieprawidłowy interpretuje art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, twierdząc, że regulacja ta zobowiązuje Zamawiającego w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej do jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp do takiego przypadku się nie odnosi. Zdaniem składu orzekającego nie należy wywodzić z wynikającego z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku poinformowania wykonawców po wyborze oferty najkorzystniejszej o określonych czynnościach podjętych w postępowaniu wpływających na ten wybór (w tym o odrzuceniu oferty), skutku w postaci konieczności automatycznego unieważnienia każdej zakomunikowanej wykonawcom czynności odrzucenia oferty w sytuacji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (...) Podkreślić należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność odrzucenia oferty to dwie różne rodzajowo, odrębne czynności Zamawiającego. Sam fakt, że Zamawiający ma obowiązek uzewnętrznic te czynności w jednym momencie, tj. równocześnie poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty, o tych czynnościach po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie oznacza, że są one ze sobą nierozzerwalnie związane, a ważność jednej z tych czynności przekładać się będzie samorzutnie na ważność drugiej z czynności. Ustawa Pzp takiego skutku nie przewiduje, a tym bardziej nie sposób wywodzić go z przepisu statuującego obowiązek o charakterze informacyjnym.

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby stwierdzić, że instytucje zamawiające decydując się unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej (co czasem w toku postępowania o udzielenie zamówienia może mieć miejsce wielokrotnie) musiałyby każdorazowo, w sposób czysto automatyczny, unieważniać zakomunikowaną wraz z tym wyborem czynność odrzucenia ofert wykonawców i to bez względu na to, czy czynność ta naruszała przepisy ustawy Pzp i czy została zaskarżona. Obowiązek informacyjny wskazany w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp - jakkolwiek służy co do zasady ekonomice postępowania o udzielenie zamówienia oraz koncentracji środków ochrony prawnej - to jednak nie może prowadzić do konieczności każdorazowego, mechanicznego unieważniania czynności odrzucenia oferty, prawidłowo zakomunikowanej wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej, w przypadku gdy ten wybór zostanie podważony z innego powodu. Tym bardziej nie może prowadzić – jak domaga się tego Odwołujący – do automatycznego unieważnienia już dokonanej czynności badania i oceny oferty odrzuconej, czyli do ponownego badania tej oferty w zakresie zaistnienia podstaw odrzucenia, które już zostały przez Zamawiającego stwierdzone (...) Interpretacja art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zaprezentowana w odwołaniu prowadziłaby do wielokrotnego zawiadamiania wykonawców o czynności opartej na tożsamy, nieulegających zmianie w toku postępowania, okolicznościach faktycznych i prawnych, w dodatku niezależnie od faktu, czy dana czynność została zaskarżona, czy nie. Nie sprzyja to ani wspomnianej ekonomice postępowania, ani koncentracji środków ochrony prawnej.

168. Wyrok z dnia 12 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1084/22

Przepis ten stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i 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. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że 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 wobec tego wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego

go uchybień odnieść. 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. Z tych względów ocena kwestionowanej czynności Zamawiającego dokonywana przez Izbę nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

169. Wyrok z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1132/22

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że w sytuacji, jaka zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w którym Odwołujący odwołuje się od czynności Zamawiającego eliminującej go z postępowania na skutek odrzucenia jego oferty, uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez Zamawiającego wykonawcy wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od czynności, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane Odwołującemu w tym postępowaniu przez Zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez Zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej odrzucenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez Zamawiającego, a w konsekwencji - jeżeli wykonawca odwoła się od niej - zakres kognicji Izby. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego. 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 skład orzekający w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu konkretnych przyczyn odrzucenia oferty, o których wspomina Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Z tego względu poza zakresem rozpoznania w tej sprawie były podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczności, które nie zostały uprzednio uzewnętrznione w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty z 14 kwietnia 2022 r., uniemożliwiając tym samym odniesienie się do nich w terminie na wniesienie odwołania.

170. Wyrok z dnia 16 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2894/22

W niniejszej sprawie zamawiający przewidział m.in. dwa następujące kryteria oceny ofert o wadze 15% każde: (...) Dla obu ww. kryteriów zamawiający wskazał w swz, że przyznawane będą punkty od 0 do 15 za jakość wykonania modelu ofertowego – staranność wykonania i wykończenia, brak błędów materiałów obniżających ich wartość użytkową. Jednocześnie informując wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający wskazał jedynie liczbę punktów przyznanych każdej ofercie bez wskazania uzasadnienia faktycznego, tj. powodów, dla których dana oferta uzyskała taką a nie inną liczbę punktów. W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśniał, że oceny próbek butów dokonywali m.in. żołnierze i zamawiający nie posiada wiedzy, dlaczego przyznawali oni określoną liczbę punktów danemu butowi.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastosowanie kryteriów jakościowych nie uprawnia zamawiającego do całkowicie subiektywnej i swobodnej oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, nie może być wykonywana subiektywnie i swobodnie, w tym także czynność oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria przyjęte przez zamawiającego jako mające charakter ocenny w praktyce nie mogą być oczywiście stosowane całkowicie zero-jedynkowo, niemniej jednak ze względu na ww. obowiązujące zasady ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Ponadto ocenny charakter tych kryteriów nie zwalnia zamawiającego

z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Tym bardziej nie zwalnia zamawiającego z ww. obowiązku fakt zaangażowania żołnierzy do oceny próbek butów. Zamawiający powinien bowiem od każdej osoby oceniającej próbkę w ramach kryteriów oceny ofert, wymagać podania uzasadnienia dla przyznanej przez nią punktacji, tak by możliwe było zarówno dokonanie oceny w sposób możliwie najbardziej obiektywny (przy ocennym charakterze kryteriów), jak i podanie uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przy czym, jak wskazano już wyżej, ww. obowiązek podania uzasadnienia faktycznego istnieje niezależnie od rodzaju kryteriów oceny ofert, ale jego realizacja nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy przyjęte kryteria mają charakter ocenny, ponieważ to w takiej sytuacji najtrudniej jest wykonawcom zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i zwłaszcza w takiej sytuacji niezbędne jest rzetelne i kompletne poinformowanie ich o podstawach dokonanej oceny.

Art. 255 pkt 3

171. Wyrok z dnia 26 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2671/22

Izba w całości podzieliła prezentowaną przez Zamawiającego argumentację dotyczącą interpretacji postanowień art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Przepis ten wyraźnie wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie zamawiającemu. Nie nakłada on również na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego (tak również wyrok KIO z 14 marca 2014 r., KIO 392/14 oraz wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., KIO 1413/16). Przy czym Zamawiający ma pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18).

Wobec tak przyjętej interpretacji powyższego przepisu nie można również uznać, że na zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Skoro decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją zamawiającego, a wykonawca nie może badać jego rzeczywistych możliwości finansowych, dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest powołanie się na okoliczności, o którym mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. na wysokość kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie wykonawcy najkorzystniejszego lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot wraz z informacją, że zamawiający nie podjął decyzji w przedmiocie zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jest zdaniem Izby wystarczającym uzasadnieniem dokonania tej czynności.

(...) Możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, nie jest warunkowana „istotnością” przekroczenia zakładanego budżetu zamawiającego. Przepis ten mówi po prostu o sytuacji przewyższania kwoty którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem możliwe będzie unieważnienie postępowania na ww. podstawie nawet w przypadku nieznacznego przekroczenia budżetu zamawiającego. Przy czym „istotność” tego przekroczenia na pewno ma wpływ na decyzję zamawiającego w przedmiocie ewentualnego zwiększenia kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Pamiętać jednak należy, że decyzja w tym przedmiocie stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może ale nie musi korzystać.

Art. 255 pkt 5

172. Wyrok z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2011/22

Aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi wykazać, że: 1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności, 2. zaistnienie zmiany okoliczności musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3. zaistnienia zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Wszystkie powyższe przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Zmiana okoliczności nie musi być nadzwyczajna, wyjątkowa, ale musi to być zmiana istotna (znaczna, duża) wykraczająca poza normalne ryzyko kontraktowe. Dodatkowo zmiana okoliczności musi powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuacji postępowania w świetle interesu publicznego. Za interes publiczny uznaje się przede wszystkim korzyści uzyskiwane w wyniku realizowanych przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej i samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych art. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury porządku publicznego. O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym nie przesądza możliwość zmniejszenia wydatków bądź brak środków na realizację zamówienia, których to okoliczności zgodnie z orzecznictwem nie można traktować jako nieprzewidywalnych w momencie wszczęcia postępowania. Istotna zmiana okoliczności, aby mogła uzasadniać unieważnienie postępowania musi być obiektywnie nieprzewidywalna w chwili wszczęcia postępowania. Chodzi zatem o sytuację, w której nikt w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie byłby w stanie przewidzieć takiej zmiany okoliczności, która prowadziłaby do zniwelowania celu postępowania w świetle interesu publicznego. (...)

Niezależnie od powyższego, Izba w pełni podzieliła stanowisko Odwołującego, że brak oferty w zakresie którejkolwiek części zamówienia, nie stanowi istotnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć w momencie wszczęcia postępowania. Dzieląc zamówienie na dwie części Zamawiający dał wyraz temu, że zamówienie jest podzielne, tj. że nie istnieją względy techniczne, organizacyjne czy ekonomiczne powodujące, że zamówienie tworzy nierozzerwalną całość. Tym samym Zamawiający zdecydował – w świetle uwarunkowań technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych – aby każda część zamówienia potencjalnie była realizowana przez innego wykonawcę. Każdy wykonawca mógł złożyć ofertę na inny pakiet, co nie powinno być zaskakującą okolicznością dla Zamawiającego, jak i to, że na dany pakiet mogła również nie wpłynąć żadna oferta. Brak oferty na jeden z pakietów (co w rzeczywistości nie miało miejsca w niniejszej sprawie) nie uzasadnia unieważnienia postępowania w całym zakresie. Nie wystąpiła żadna istotna zmiana okoliczności, powodująca, że zamówienie musi być udzielone w całości, a nie w ramach oddzielnych pakietów. Wyłącznie subiektywna ocena sytuacji przez Zamawiającego uległa zmianie. Zamawiający dopuścił możliwość złożenia jednej oferty na każdy z pakietów i takie oferty otrzymał. Z faktu, że dany wykonawca nie jest zainteresowany zawarciem umowy, zgodnie ze złożoną ofertą, nie uzasadnia konieczności udzielenia zamówienia zintegrowanego.

Nie ma wątpliwości, że w świetle art. 255 pkt 5 Pzp zmiana okoliczności musi powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania z uwagi na fakt, że nie leży w interesie publicznym. Założenie, że w przypadku jednego, zintegrowanego zamówienia Zamawiający otrzymałby korzystniejszą ofertę, niż w przypadku dwóch odrębnych zamówień częściowych, nie powoduje, że w interesie publicznym jest unieważnienie danego postępowania. W szczególności niezasadne jest twierdzenie, że realizacja zamówienia w zakresie pakietu nr 1 nie leży w interesie publicznym, bowiem potrzeba realizacji tego zamówienia jest nadal aktualna i nie odpadła niezależnie od tego, czy zamówienie w zakresie pakietu nr 2 zostanie jednocześnie udzielone czy też nie.

173. Wyrok z dnia 18 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2630/22

Niewątpliwe za istotną zmianę okoliczności nie będzie mogła zostać uznana każda zmiana okoliczności, albowiem pewna skala zmian mieści się w zakresie zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego (jak jest to w doktrynie i orzecznictwie określane) - normalnego ryzyka kontraktowego. Tak jak się wskazuje także w doktrynie i orzecznictwie - istotna zmiana okoliczności może być następstwem okoliczności o charakterze faktycznym (np. blokada środków w budżecie przeznaczonych na postępowanie) czy prawnym (np. zbędność przedmiotu świadczenia z uwagi na zdjęcie obowiązku realizacji określonego zadania w wyniku uchylecia przepisów nakładających na inwestora obowiązek remontu określonych kategorii dóbr). Zmiana okoliczności musi zatem powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego. Za interes publiczny uznaje się przede wszystkim korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych przykładowo jak w przedmiotowej sprawie z ochroną środowiska. Zamawiający w tej sprawie – zdaniem Izby - dokonał przed wszczęciem postępowania z należytą starannością analizy potrzeb (art. 83 Pzp) związanych z realizacją tego zamówienia. Ryzyka, które wystąpiły po wyborze oferty, nie były wcześniej mu znane. Izba ma w tym przypadku na uwadze kluczową okoliczność: brak zgody mieszkańców w sytuacji gdy przedsięwzięcie miało być realizowane w ich lokalach za ich zgodą (wg SWZ: zamówienia miało zostać zrealizowane na potrzeby własne budynków prywatnych). Wymagane deklaracje właściciele przed wszczęciem przetargu złożyli i jak informował Zamawiający: „Na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego Zamawiający posiadał listę 47 mieszkańców zainteresowanych wymianą dotychczasowego źródła ciepła na kocioł na ekogroszek”. Natomiast po rozstrzygnięciu przetargu: „Podczas podpisywania umów z mieszkańcami w Gminach, większość osób zrezygnowało z udziału w Projekcie i na dzień 06.09.2022 r. pozostały 4 pewne adresy do montażu”. Tym samym w tej sprawie zaistniała istotna, nieprzewidywalna w chwili wszczęcia postępowania zmiana okoliczności, uzasadniająca unieważnienie postępowania, której Zamawiający w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć i ta zmiana miała wpływ na kolizję interesu publicznego z możliwością wykonania przedmiotowego zamówienia.

Art. 255 pkt 6

174. Wyrok z dnia 17 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 483/22

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. (...) Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożliwością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu

o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy Pzp.

175. Wyrok z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2902/22

(...) wada postępowania skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania musi stanowić niejako wadę „kwalifikowaną” skutkiem jakim jest niemożność zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. W ocenie Izby, prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego wątpliwości co do treści postanowień SWZ, stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania nie są wątpliwościami, które winny skutkować unieważnieniem postępowania. Po analizie SWZ Izba doszła do przekonania, że Zamawiający ma możliwość badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. W ocenie Izby, nieprawidłowości zauważone przez Zamawiającego nie stanowią wady, która uzasadnia unieważnienie postępowania, gdyż nieprawidłowości te (jeśli w ogóle można mówić o ich wystąpieniu) nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, że „że na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), nie ma jakiegokolwiek możliwości „poprawienia” sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia. Usunięcie tych wad jest niemożliwe inaczej niż poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem absolutnie „paraliżują” one całe postępowanie.” Oczywiście na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości poprawienia czy też jakiegokolwiek zmiany opisu przedmiotu zamówienia, jednakże w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu nie jest to konieczne dla jego rozstrzygnięcia. Jak wskazano powyżej, niedopuszczalne jest podejmowanie przez Zamawiających arbitralnych decyzji o unieważnieniu postępowania bez wypełnienia przesłanek przewidzianych ustawą, gdyż celem każdego postępowania jest udzielenie zamówienia. Izba analizując przebieg postępowania dostrzegła, że Zamawiający wykazywał się dużą niepewnością co do postawionych przez siebie wymagań, na co wskazuje uchylanie każdej z dotychczasowych decyzji o wyborze/ odrzuceniu oferty. To właśnie te działania Zamawiającego i brak jego konsekwencji „paraliżowały” postępowanie. W ocenie Izby, przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, pozwalał na identyfikację zamówienia i wymagań Zamawiającego. Tezę tę potwierdza również brak pytań wykonawców na etapie przed składaniem ofert, w zakresie elementów OPZ, w których Zamawiający dopatruje się niejednoznaczności. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w przypadku istnienia wątpliwości co do sposobu rozumienia poszczególnych postanowień SWZ podlegają one wykładni. Ocena wymagań Zamawiającego, winna być dokonywana zgodnie z ich literalnym brzmieniem i uwzględnieniem techniki opisywania przedmiotu zamówienia stosowanej przez Zamawiającego. Fakt konieczności pewnej interpretacji czy też wykładni postanowień SWZ nie przesądza jeszcze o wystąpieniu wady o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Izba doszła do przekonania, że postanowienia SWZ wskazane przez Zamawiającego jako podstawa do unieważniania postępowania są na tyle precyzyjne, że mogą być one podstawą badania i oceny ofert. Tym samym, Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że wątpliwości interpretacyjne są tak duże, że uniemożliwiają osiągnięcie celu postępowania jako Zamawiający założył. Nie potwierdzają tego złożone oferty.

176. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3292/22

W świetle przepisu art. 255 pkt 6 określającego przedmiotową przesłankę do unieważnienia postępowania, istnieje konieczność zdefiniowania kiedy umowa zawarta w drodze zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. W tym zakresie należy wskazać na podstawy z art. 457 Ustawy. Podana w ust. 1 pkt 1 przesłanka opisana początkowym zwrotem wskazującym na „Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy”, nie jest samodzielną podstawą unieważnienia umowy i została powiązana z brakiem zamieszczenia odpowiedniego dla trybu zamówienia ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub zmieniającego warunki pierwotnego ogłoszenia. Dopisanie przecinka ma związek tylko z wprowadzeniem do przepisu wyliczenia odnoszącego się do innych postępowań – początkowo przepis odnosił się tylko do udzielenia zamówienia publicznego, ale ostatecznie rozciągnięto jego zakres także na zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów. Przesłanka ta została poddana analizie prawnej przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 27.06.2022 r., sygn. XXIII Zs 39/22. (...) W okolicznościach badanej

sprawy Odwołujący dostrzegł błąd Zamawiającego na wcześniejszym etapie, niż dostrzegł to Zamawiający przy badaniu ofert w postępowaniu, co wynika wprost z samodzielnej korekty formularza ofertowego, w którym Odwołujący wyliczył wysokość wynagrodzenia dla innej, niż wskazana w formularzu przez Zamawiającego ilości kaolinitu. Czynność poprawienia ilości przez Odwołującego wskazuje, że błąd Zamawiającego był do skorygowania na podstawie dokumentacji zamówienia, w której podana została prawidłowa – maksymalna ilość wolumenu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, iż w dokumentacji zamówienia była nieścisłość wymagająca korekty, co po złożeniu ofert mogło być dokonane wyłącznie w trybie przewidzianym w Ustawie, z czego Zamawiający był uprawniony skorzystać. Mając na uwadze konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, Zamawiający nie mógł pozostawić oferty Przystępującego bez jej skorygowania, tak aby możliwe było porównanie złożonych na tych samych warunkach ofert. Czynność poprawienia treści oferty pozwalała na skorygowanie błędu Zamawiającego, który w ocenie składu orzekającego nie wpływał w żaden sposób na wycenę podstawowej składowej wynagrodzenia, tj. ceny 1 tony kaolinitu. Podsumowując, postępowanie nie zostało dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający był uprawniony do dokonania korekty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy oświadczenia Wykonawcy w zakresie ilości kaolinitu, która wynikała wprost z swz, a ilość podana w formularzu ofertowym została błędnie wskazana przez samego Zamawiającego.

177. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3294/22

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający m.in. z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia bez przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia ofert. Jak wynika ze wcześniejszych ustaleń, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezsprzecznie nie zamieścił obowiązkowej zmiany ogłoszenia w związku z modyfikacją warunków udziału w postępowaniu. Zmiana w tym zakresie niewątpliwie miała znaczenie dla sporządzenia ofert – Zamawiający w konsekwencji zmiany, mimo jej dokonania, uznał, że nie ma potrzeby wzywania Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług (a zatem uważał, że decyduje treść ogłoszenia), z kolei Odwołujący twierdził, że Zamawiający powinien wezwać w tym zakresie wykonawcę (a więc uważał, że decydująca była modyfikacja specyfikacji). Ponieważ skutek dokonanych zmian ogłoszenie i specyfikacja stały się niespójne w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, nie można ustalić, czy warunek ten został postawiony i czy należy wezwać wykonawcę do złożenia wykazu usług. Niespójności tej w żaden sposób nie można naprawić na tym etapie postępowania – wady tej nie można usunąć. Zamawiający nie opublikował obowiązkowej zmiany ogłoszenia w tym zakresie. W konsekwencji nie można zawrzeć niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

178. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3441/22

Zdaniem Izby, nieprawidłowym i negatywnym zjawiskiem w systemie zamówień publicznych jest stosowanie przez zamawiających procedury unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako narzędzia do sanowania swoich błędów popełnionych na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania. System zamówień publicznych nie jest systemem jednopodmiotowym, składającym się wyłącznie z zamawiających. Elementem tego systemu są przedsiębiorcy realizujący zadania publiczne w sposób określony przez zamawiających. Aby system ten mógł spełniać swoje cele i zadania, musi być oparty na profesjonalizmie i zaangażowaniu obu stron, nie zaś wyłącznie jednej z nich. Podmioty publiczne są zatem zobowiązane z najwyższą starannością identyfikować swoje potrzeby przed wszczęciem postępowania, tak aby nie miały miejsca rzekome uchybienia w opisie ich potrzeb na etapie weryfikacji ofert. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jako profesjonalista, miał lub powinien być mieć pełną świadomość swoich potrzeb jakie zamierza zrealizować w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Racjonalny zamawiający planując doposażyć swoją jednostkę w profesjo-

nalny sprzęt do wykonywania zabiegów z pacjentami weryfikuje przed wszczęciem postępowania właśnie docelową grupę pacjentów i zakres zabiegów jakie będą wykonywane przez poszczególne urządzenia. Bez wykonania takiej analizy wszczęcie postępowania przetargowego byłoby wyłącznie niegospodarnością Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający musiał mieć pełną świadomość opisu przedmiotu zamówienia w części I zamówienia. Był autorem opisu zawartego w SWZ, zatem trudno racjonalnie przyjąć, że zakres wymagań został określony w oderwaniu od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. (...) Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał związku pomiędzy rzekomą wadą w opisie przedmiotu zamówienia, a koniecznością unieważnienia postępowania w momencie jego finalizacji. (...) Przerzucenia na wykonawców na obecnym etapie postępowania negatywnych konsekwencji związanych z rzekomymi wadami w opisie przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione i nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał istotnej wady postępowania, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Takiej istotności nie sposób przypisać stwierdzeniu, że po złożeniu ofert Zamawiający uznał, że urządzenie oferowane przez Odwołującego nie spełnia jego oczekiwań. Gdyby przyznać podmiotom publicznym tak szerokie uprawnienie do unieważnienia postępowań, to - po pierwsze - przepis art. 255 ustawy Pzp byłby przepisem zbędnym. Przepis ten zaś statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Po drugie, tak szeroko rozumiane uprawnienia do unieważnienia postępowania stanowiłby istotne zagrożenia dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty te bowiem pozbawione byłoby jakiegokolwiek pewności co do zakończenia postępowania i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowania wskazując na rzekome błędy w opisie swoich wymagań. Izba ponadto wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego rzekoma „wada” postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że błąd w opisie przedmiotu zamówienia skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Izby, nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym z błędem w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał swoje potrzeby, zaś wykonawcy złożyli oferty odpowiadające opisanym wymaganiom Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia był dla wykonawców jednoznaczny i wystarczający do złożenia ofert.

179. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3472/22

W tym stanie faktycznym brak jest więc podstaw do uznania, że zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania określona w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający opisał bowiem w SWZ przedmiot zamówienia, w tym technologię robót i zakres ich wykonania, który określił w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót stanowiących odpowiednie załączniki do SWZ. W oparciu o tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia wykonawcy przygotowali i złożyli swoje oferty. Zamawiający nie badał i nie oceniał ofert. Stwierdził jedynie, że zachodzą podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż przedmiar robót dotyczący I części zamówienia nie zawiera zakresu prac związanego z wykonaniem remontu windy zlokalizowanej przy budynku szkoły w związku z ujętą w zakresie prac rozbiórką podjazdu dla osób niepełnosprawnych. Nadto udostępnione przedmiary robót dotyczące II części zamówienia nie zawierają zakresu prac związanych z wykonaniem instalacji fotowoltaicznej o mocy 6,5 KW. W żaden sposób nie wykazał jednak, że brak tego zakresu spowoduje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie tylko, że nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek unieważnienia postępowania wymienionych w art. 457 ustawy Pzp, ale i nie wskazał – jak słusznie podniósł Odwołujący – która z tych przesłanek uzasadnia unieważnienie przedmiotowego postępowania. Nie odniósł się bowiem do treści powołanego wyżej przepisu. Uzasadnienie unieważnienia postępowania jest wręcz lakoniczne. (...)

Istotne znaczenie z punktu widzenia oceny zasadności unieważnienia postępowania ma także potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie może w sposób całkowicie dowolny pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy. Unieważnienie postępowania jest

wyjątkiem i nie może w jego ramach dochodzić do nadinterpretacji a w tym stanie faktycznym doszło do takiej właśnie sytuacji. Możliwym jest bowiem dalsze prowadzenie postępowania, dokonanie badania i oceny ofert a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej i realizacja zamówienia w sposób zgodny z przekazanym wykonawcom Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, a w tym technologią robót i zakresem ich wykonania określonym w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót stanowiących odpowiednio załączniki do SWZ.

Art. 255 pkt 7

180. Wyrok z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 686/22

Ustawa nie wskazuje, jakie zachowanie wykonawcy należy uznać za uchylanie się od zawarcia umowy. W wyroku z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 288/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylanie się „wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy”. Tego rodzaju przypadki wymagają każdorazowo osobnej oceny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku zachowanie odwołującego nie daje żadnych podstaw do uznania, że uchyla się on od zawarcia umowy. Odwołujący reagował na wszystkie żądania zamawiającego, w tym np. dostarczył zamawiającemu dokument gwarancji należytego wykonania umowy, dostarczył zmieniony dokument tej gwarancji, reagował na informacje dotyczące czynności zawarcia umowy itp. W żaden sposób nie dał do zrozumienia zamawiającemu, że nie zamierza zawrzeć z nim umowy. W szczególności za podstawę do takiego uznania nie można uznać okoliczności, że odwołujący zgłosił uwagi do przesłanego mu projektu umowy. Faktem jest, że zamawiający przesłał odwołującemu projekt, który różnił się od projektu udostępnionego wcześniej. Sam zamawiający na posiedzeniu Izby w dniu 23 marca 2022 roku przyznał, że przekazany projekt różnił się od wcześniejszego, niemniej jednak stwierdził, że wprowadzone zmiany wynikały z wcześniejszego uwzględnienia wniesionych w sprawie odwołań, z odpowiedzi na pytania do s.w.z. bądź też były nieistotne. (...) W ocenie Izby nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca, który niezwłocznie po otrzymaniu projektu umowy, zwraca uwagę zamawiającemu na fakt, iż przekazany mu projekt zawiera postanowienia, które nie są zgodne z wcześniejszymi zapowiedziami i czynnościami zamawiającego, zostaje uznany za uchylającego się od zawarcia umowy.

181. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3409/22

Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie przed Izbą nie przedstawił wiarygodnych dowodów, z których wynikałoby, że niestawiennictwo na wyznaczony termin podpisania umowy było niezawinione. Nawet gdyby uznać tłumaczenia Odwołującego z rozprawy, że wiadomość z wezwaniem do podpisania umowy trafiła do folderu spam w skrzynce pocztowej, czego Odwołujący nie udowodnił, to Odwołujący od momentu otrzymania informacji o wyborze do momentu otrzymania informacji o unieważnieniu postępowania, nie podjął żadnej próby kontaktu z pracownikami Zamawiającego, co wydaje się zastanawiające w sytuacji podmiotu, który wygrał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wziąć również należało pod uwagę okoliczność, z której Wykonawca powinien sobie zdawać sprawę, mianowicie upływ terminu związania ofertą i wpływ tego faktu na ważność samej oferty i możliwość podpisania ważnej umowy. Odwołujący do momentu zapoznania się z informacją o unieważnieniu postępowania, czyli przez 13 dni od otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej pozostawał bierny. Taki sposób postępowania nie wpisuje się w zasadę podwyższonej staranności, której wymaga się od podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Przedsiębiorcę czy osobę zajmującą się zawodowo danym typem działalności obowiązuje wyższy miernik staranności. Postawa Odwołującego stoi w sprzeczności do tego wymagania. Następnie dostrzeżenia wymaga, że w ocenie Izby nie jest rolą Zamawiającego dociekać dlaczego dany wykonawca nie przystąpił do podpisania umowy. Tym bardziej, jeżeli nie dostał on żadnego sygnału od Wykonawcy, że istnieje obiektywna niemożliwość dotrzymania tego terminu,

czy stawienia się na termin. Zamawiający nie musi także ponawiać wezwania do podpisania umowy, żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakłada na niego takiego obowiązku, zwłaszcza w obliczu bierności drugiej strony. Jak słusznie również zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, obecnie istnieje możliwość podpisania umowy przy wykorzystaniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, której także Odwołujący nie zaproponował. Zastanawiająca jest również okoliczność, iż w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko ta jedna wiadomość nie dotarła do Odwołującego, podczas gdy nie miał on problemów z odbiorem każdej innej wiadomości, w tym informacji o unieważnieniu postępowania, na którą zareagował. Odnosząc się do zarzutów odwołania, że Zamawiający nie zbadał, czy wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, rzeczywiście uchyla się od zawarcia umowy, czyli nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia, Izba zauważa, że Zamawiający po wyznaczeniu terminu na podpisanie umowy i niestawiennictwie na tym terminie drugiej strony, czekał kilka dni, aż postępowanie unieważnił. W tym czasie Odwołujący nie wykazał się żadnym czynnym działaniem, by ustalić obecny stan postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Wbrew więc twierdzeniom odwołania uchylanie się od podpisania umowy nie zawsze musi przyjąć postać złożenia oświadczenia woli, z którego wynika, że wykonawca umowy nie podpisze. Zamawiający ma prawo i obowiązek ocenić całokształt działań i zaniechań danego wykonawcy. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający miał prawo uznać, że skoro Wykonawca nie stawił się na wyznaczony termin i nie podjął jakiejkolwiek próby kontaktu z pracownikami Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, jego wolą nie jest podpisanie umowy w zakresie przedmiotu zamówienia. Końcowo, Izba uważa, że Zamawiający nie naruszył art. 255 pkt 7 ustawy Pzp unieważniając postępowanie, ponieważ decyzja o unieważnieniu postępowania w sytuacji ziszczenia się przesłanek określonych w art. 263 ustawy Pzp należy do swobodnego uznania zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w art. 263 ustawy Pzp stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych w tym przepisie następstw prawnych: ponownie wybrać ofertę spośród pozostałych ofert albo unieważnić postępowanie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z drugiego uprawnienia.

Art. 256

182. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3454/22

Dostrzec należy, że przepis art. 256 ustawy Pzp jest całkowicie nowym rozwiązaniem, dotychczas nieobecnym w Prawie zamówień publicznych, dającym możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Ustawodawca, wprowadzając ten przepis postanowił, że niniejsza regulacja będzie funkcjonować niezależnie od obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania, wymienionych w art. 255 ustawy Pzp. Niewątpliwie, z uwagi na redakcję tego przepisu, daje ona zamawiającemu znacznie szersze możliwości działania, gdyż nie wskazuje ściśle jakie to okoliczności muszą ujawnić się, aby zamawiający mógł stwierdzić, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, co nie oznacza jednak, że przepis ten daje nieograniczone możliwości unieważnienia procedury. Pomimo wskazanej powyżej dużej elastyczności co do możliwości zastosowania wyżej opisanej regulacji podkreślić należy, że ten nie może być stosowany rozszerzająco, z uwagi na cel wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania, nawet na etapie wstępnym, nie powinno następować bowiem w sposób całkowicie dowolny i nieuzasadniony, między innymi ze względu na ochronę interesu wykonawców zainteresowanych postępowaniem. Tym samym powołanie się na powyższy przepis możliwe jest jedynie w sytuacji zaistnienia takiej okoliczności, która powoduje, że dalszej prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Oznacza to, że przywołana przesłanka wymaga zaistnienia: (1) okoliczności (pewnego zdarzenia); (2) okoliczność ta wywołuje określony skutek, konieczne jest zatem zaistnienie związku pomiędzy występującą okolicznością a konsekwencją;

(3) niezasadności prowadzenia dalszego postępowania, która została wywołana na skutek zaistniałej okoliczności.

Należy też zauważyć, że możliwość zastosowania art. 256 ustawy Pzp została ograniczona czasowo, gdyż regulacja ta dotyczy sytuacji wystąpienia okoliczności, które będą stanowiły podstawę unieważnienia, co oznacza, że dotyczy wyłącznie takich okoliczności, które ujawniły się w dacie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w szczególności podkreślić, że przepis ten nie zwalnia zamawiającego z należytej staranności w planowaniu i udzielaniu zamówień publicznych, uzasadnionej ochroną interesu wykonawców. Zamawiający powinien zatem przed wszczęciem postępowania przeprowadzić stosowne analizy, w tym co do tego jaki zakres zamierza zlecić w ramach prowadzonego postępowania i dokonać wyboru odpowiedniego trybu, w jakim to zlecenie nastąpi, mając na uwadze warunki rynkowe i przesłanki udzielenia zamówienia, które mogą w danych okolicznościach mieć zastosowanie. (...)

Ponownie należy podkreślić, że literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że okoliczności stanowiące podstawę dla unieważnienia procedury, jakkolwiek nie muszą mieć charakteru istotnego czy niemożliwego do przewidzenia przed wszczęciem postępowania, ale powinny być nowe w tym znaczeniu, że muszą wystąpić już po wszczęciu procedury przetargowej, jak też niweczyć cel, dla którego postępowanie zostało wszczęte. Tymczasem z całą pewnością nie sposób uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy takie „nowe” okoliczności zaistniały. W pierwszej kolejności analizy ekonomiczne, na które zamawiający się powołuje, a które to miałyby świadczyć o zwiększających się kosztach realizowanych zamówień na odbiór odpadów, świadczonych dotychczas przez odwołującego, a z drugiej strony wskazywać na opłacalność zlecenia tego zadania spółce X zostały przygotowane już przed wszczęciem postępowania. (...) Stwierdzić zatem należy, że to nie żadne nowe przyczyny czy okoliczności stały się powodem podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, która to czynność została dokonana zaledwie kilka dni po otrzymaniu oferty od spółki X, ale rzeczywistą przyczyną był zamiar zlecenia wykonywania tych usług innemu podmiotowi, w innym niekonkurencyjnym trybie, i to wbrew deklaracji, która została zawarta w treści informacji o unieważnieniu postępowania, że zamawiający poinformuje wykonawców o wszczęciu nowego postępowania obejmującego ten sam przedmiot. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że owe względy ekonomiczne, na jakie wskazuje zamawiający i fakt uzyskania znacznych oszczędności w przypadku zlecenia usług spółce X na obecnym etapie postępowania są niemożliwe do ustalenia. Nie mając bowiem oferty od innych wykonawców, w tym tej, którą złożyłby odwołujący w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zamawiający nie jest w stanie z całą pewnością stwierdzić, że cena i warunki udzielenia zamówienia, które proponuje spółka X są korzystniejsze od tych, które jest w stanie zaproponować mu odwołujący. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby spółka X odpowiedziała na ogłoszenie o zamówieniu, złożyła swoją ofertę w postępowaniu, a jeśli istotnie zaoferuje za realizację zamówienia cenę niższą - może zostać wyłoniona jako najkorzystniejsza w drodze przetargu.

Art. 257

183. Wyrok z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 442/22

Jak wynika z treści ww. przepisu, by skorzystać z jego dyspozycji, zaistnieć muszą jednocześnie dwie okoliczności, tj. brak przyznania środków publicznych, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub jego części oraz przewidzenie możliwości unieważnienia postępowania na tej podstawie w ogłoszeniu o zamówieniu – w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. W niniejszej sprawie Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł wymaganej informacji. Nie można uznać za wypełnienie obowiązku zamieszczenia takiej informacji blankietowego odesłania do treści jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w którym informacja ta ostatecznie się znalazła (...) Nie można uznać za prawidłową argumentacji Zamawiającego, że zamieszczenie takiej informacji w JEDZ lub SWZ zadość czyni wymaganiom ustawowym. Należy zwrócić uwagę, że ogłoszenie o zamówieniu stanowi odrębną kategorię dokumentów, jakie pojawiają się w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego (...) Jedynym miejscem, w którym wyraźna informacja o możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 ustawy PZP może się znaleźć, jest ogłoszenie o zamówieniu. W przeciwnym razie czynność unieważnienia postępowania w oparciu o ten przepis należy uznać za wadliwą.

Art. 260 ust. 1

184. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3049/22

Tym samym, Zamawiający ograniczył się tylko do wskazania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP oraz zacytowania jego treści. Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują Zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej, natomiast uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu. Gdyby ustawodawca chciał, aby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło wyłącznie poprzez podanie przepisu prawnego bez uzasadnienia prawnego i faktycznego, to dałby temu wyraz w ustawie PZP. W związku z powyższym, twierdzenia Zamawiającego, że nie mógł w sposób jednoznaczny dokonać badania i oceny ofert (o których wątpliwościach Zamawiający wiedział przed otwarciem ofert w wyniku zadawanych pytań przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu), nie powoduje zdaniem Izby, że wszystkie okoliczności i przesłanki składające się na unieważnienie postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy PZP, nie powinny się znaleźć w decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 14 listopada 2022 r.

Art. 262

185. Wyrok z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2633/22

Zgodnie z artykułem 262 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji unieważnienia postępowania, było poinformowanie Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania, niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, że powyższy przepis ustawy nie uzależnia obowiązku poinformowania wykonawcy o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia od planowanego trybu zamówienia, zatem poinformowanie wykonawcy powinno nastąpić bez względu na planowany tryb prowadzenia postępowania. W przeciwnym razie zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może zostać poddane kontroli poprzez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie, co miało miejsce także w niniejszym postępowaniu. Odwołujący został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania od chwili, gdy Zamawiający wszczął procedurę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Art. 263

186. Wyrok z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2079/22

Prawo wyboru kolejnego wykonawcy przysługuje w razie uchylenia się od zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego na podstawie cytowanego przepisu ustawy pzp. Skład orzekający podziela stanowisko, zgodnie z którym uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko wyraźna odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazany do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie

wykonawcy uniemożliwiający zawarcie umowy (art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp), zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylania się od zawarcia umowy są: 1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy, 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem, 3) niezorganizowanie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy, oraz 4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy. W sprawie rozpatrywanej wykonawca nie dostarczył zamawiającemu w terminie i w wymaganym zakresie informacji, którymi powinien dysponować już na etapie ofertowania. Przypomnieć należy, że w stosunkach między podmiotami działającymi na rynku zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące obrotu profesjonalnego, zatem wymogiem postawionym czynnościom stron jest nie tylko należyta staranności, lecz szczególna o podwyższonym mierniku. Wykonawca takiej staranności nie dochował. Przedstawione przez niego argumenty o zbyt krótkim wyznaczonym czasie na przesłanie informacji, a także o utrudnionych funkcjonowaniu w okresie urlopowym, nie mogą usprawiedliwić niespornych uchybień. Przygotowanie umowy i jej zawarcie to cel i skutek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie powinno być utrudnianie zaniechaniami uczestników, co narzuca skojarzenie z wymogiem profesjonalizmu uczestników. Analogicznie można zauważyć, że złożenie oferty po wyznaczonym terminie oznaczonym godzinowo, nie znalazłoby usprawiedliwienia i możliwości dopuszczenia jej do oceny przez jakiegokolwiek zamawiającego.

187. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3415/22

Faktem jest, że odwołujący nie odesłał zamawiającemu podpisanej umowy, jak również kilkakrotnie nie stawiał się w wyznaczonym przez zamawiającego miejscu w celu jej podpisania umowy. Zamawiający wyznaczał odwołującemu terminy do podpisania umowy w dniach 7, 14 i 16 listopada 2022 r. i odwołujący w tych terminach się nie stawiał, mimo że jeden z terminów (14 listopada) był zaproponowany przez niego samego. Odwołujący nie przekazał przy tym zamawiającemu żadnych wyjaśnień i nie usprawiedliwił swoich nieobecności. Dopiero po uzyskaniu informacji, że jego działanie zostało przez zamawiającego uznane za uchylanie się od zawarcia umowy, czego konsekwencją jest utrata przez odwołującego wpłaconego przez niego wadium, odwołujący poinformował zamawiającego o gotowości do zawarcia umowy. Miało to miejsce jednak długo po bezskutecznym upływie ostatniego z wyznaczonych przez zamawiającego terminów. Izba nie ma wątpliwości, że działania i zaniechania odwołującego świadczą o jego uchylaniu się od zawarcia umowy, o jakim mowa w art. 263 ustawy P.z.p. (...) Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby wyłącznie wyrażenie wyraźnej odmowy w kwestii zawarcia umowy mogło być potraktowane jako uchylanie się od jej zawarcia. Gdyby intencją ustawodawcy było uznanie za uchylanie się wyłącznie złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli wykonawcy, z którego wynikałaby jego odmowa zawarcia umowy, skonstruowałby przepis zawarty w art. 263 ustawy P.z.p. inaczej, np. „wykonawca (...) odmawia zawarcia umowy”, nie zaś „uchyla się”. W ocenie Izby „uchylanie się” to wszelkie nieusprawiedliwione czynności, ale także zaniechania wykonawcy, przez które zawarcie umowy nie jest możliwe.

Art. 296 ust. 2

188. Wyrok z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2340/22

Zgodnie z treścią art. 296 ust.2 ustawy P.z.p., oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Określenie „nie może być mniej korzystna” należy interpretować jako okoliczność, w której zamawiający, z uwagi na zaoferowanie nowych warunków, odniesie korzyść, a przynajmniej nie poniesie szkody, realizując zamówienie na tychże warunkach. Sytuacja zamawiającego nie może zatem ulec pogorszeniu w związku ze złożeniem i przyjęciem oferty dodatkowej.

Wskazanych wyżej założeń nie gwarantuje proste przełożenie: „niższa cena ofertowa = oferta korzystniejsza”. Tego rodzaju sytuacja wymaga przeanalizowania w zależności od warunków danego postępowania.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający przyjął wynagrodzenie kosztorysowe jako sposób dokonywania rozliczeń z wykonawcą. Wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629 Kodeksu cywilnego) określa się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek i jednostek obmiarowych, natomiast cena ofertowa jest jedynie ceną szacunkową, niezbędną dla porównania złożonych ofert. Po wykonaniu prac sporządza się kosztorys powykonawczy, w którym uwzględnia się faktycznie wykonane prace. Zatem ostateczne wynagrodzenie kosztorysowe wylicza się według cen i stawek przyjętych w zestawieniu i faktycznie wykonanych prac. Zasadą wynikającą z art. 630 K.c. jest to, że wykonawca może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia, jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność wykonania prac dodatkowych, nieprzewidzianych w pracach stanowiących podstawę wynagrodzenia kosztorysowego. Okolicznością notoryjną jest, że w przypadku przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego do niezwykle rzadkich należą przypadki, w których cena ofertowa odpowiada co do swej wysokości wynagrodzeniu ostatecznemu, wynikającemu z kosztorysu powykonawczego.

W związku z tym, że negocjacje i nowe propozycje zawarte w ofercie dodatkowej dotyczyły kryterium ceny, dla oceny zatem, czy oferta dodatkowa złożona przez odwołującego, jest ofertą korzystniejszą od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, koniecznym jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający zapłaci mniej czy więcej za wykonane roboty. Za takim stanowiskiem przemawia również definicja ceny, zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U z. 2019 roku, poz. 178), do której odsyła art. 7 pkt 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z tą definicją, określenie „cena” oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Nie budzi zatem wątpliwości, że dla oceny, czy oferta dodatkowa w przyjętym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty pierwotnej, istotna jest okoliczność, ile zamawiający faktycznie zapłaci za wykonane roboty.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że we wskazanych pozycjach Wykonawca dokonał podwyższenia cen jednostkowych, co czyni ofertę dodatkową mniej korzystną. Jeżeli odwołujący stał na stanowisku, że na podstawie złożonej przez niego oferty dodatkowej wynagrodzenie, jakie zapłaci zamawiający, będzie z punktu widzenia zamawiającego korzystniejsze, winien był tę okoliczność podnieść i udowodnić przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący tego rodzaju polemiki w ogóle nie podniósł, skupiając się jedynie na prezentacji przyjętej przez siebie wykładni art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którą dla uznania, że oferta dodatkowa w negocjowanym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wystarczy, by wartość tego kryterium w ofercie dodatkowej była niższa niż w ofercie pierwotnej. Taka interpretacja prowadziłaby w istocie do wypaczenia ratio legis art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p., którego celem jest możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia na korzystniejszych dla niego warunkach.

Art. 345 ust. 2

189. Wyrok z dnia 25 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1763/22

Zdaniem Izby Zamawiający błędnie twierdził, że art. 351 Pzp budzi wątpliwości interpretacyjne. Dyspozycja tego przepisu w jasny i nie budzący wątpliwości sposób określa ciążący na uczestnikach konkursów obowiązek. Brak ujęcia w Regulaminie konkursu regulacji będących powtórzeniem art. 351 Pzp nie zwalnia uczestników w powyższego obowiązku, ponieważ jego źródłem jest przepis ustawy. Argumentacja Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie, szczególnie, że w znacznej mierze była ona próbą polemiki z treścią i sensem art. 351 Pzp. Zamawiający nie był uprawniony do przeprowadzenia konkursu w sposób nieuwzględniający obowiązków ustawowych ciążących na uczestnikach, niezależnie od tego jak stanowczo nie zgadzał się z regulacjami zawartymi w ustawie Pzp. Nieprawdą jest również, że ustawodawca nie określił sankcji za niedotrzymanie obowiązku złożenia wraz z pracą konkursową informacji o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie tej pracy. Sankcja ta została jasno określona w art. 345 ust. 2 Pzp: nie podlega ocenie praca konkursowa niezgodna z przepi-

sami ustawy, nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu, złożona po terminie oraz złożona przez uczestnika, którego wniosek został odrzucony. Co istotne, pierwotne brzmienie tego przepisu nie dotyczyło niezgodności pracy konkursowej z przepisami ustawy. Art. 345 ust. 2 Pzp w wersji przytoczonej wyżej został wprowadzony do ustawy Pzp w drodze jej nowelizacji. Celem wprowadzonej zmiany było więc objęcie sankcją określoną w art. 345 ust. 2 Pzp również przypadków niezgodności prac konkursowych z samą ustawą. Co za tym idzie, niezrealizowanie przez uczestnika konkursu jakiegokolwiek obowiązku wynikającego bezpośrednio z przepisów ustawy skutkować ma niepoddaniem jego pracy ocenie w ramach konkursu. Zamawiający zaś nie ma możliwości skutecznego wyłączenia tej sankcji.

Art. 393 ust. 1 pkt 2

190. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2022/22

Zamawiający wyjaśnił szczegółowo na rozprawie, że określił dodatkową przesłankę wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu w pkt VI ppkt 2 SWZ w oparciu o dyspozycję art. 393 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis uprawnia zamawiającego sektorowego do określenia dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawców. W myśl tego przepisu, zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia. Zauważyć należy przy tym, że żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje zamawiającemu sektorowemu określenia przesłanki wykluczenia w taki sposób lub podobny jak wskazany w art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców. Odwołujący nie wykazał natomiast, że przesłanka wykluczenia określona przez Zamawiającego j.w. nie ma obiektywnego charakteru lub nie została określona w SWZ.

Art. 431

191. Wyrok z dnia 8 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2193/22

W literaturze przedmiotu nie wyklucza się możliwości zastrzeżenia kar umownych od Zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem na brak należytego współdziałania z wykonawcą. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 431 ustawy Pzp – obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Oznacza to, że strony umowy zostały wprost zobligowane do współpracy. Zawarcie umowy nie jest bowiem – jak wskazano w uzasadnieniu do projektu aktualnie obowiązującej ustawy Pzp – celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Obowiązek współdziałania nie oznacza przy tym obowiązku zastrzegania kar umownych obciążających Zamawiającego. Nie ma takiego obowiązku ustawowego. Wobec czego Zamawiający nie musiał wprowadzać do umowy kar umownych. Konkretnie czynności Zamawiającego i wykonawcy, które składają się na zasadę współdziałania, wynikać będą bowiem z treści łączącego ich stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z treści umowy oraz z właściwych odrębnych przepisów oraz konkretnego stanu faktycznego. W przypadku braku postanowień dotyczących kar umownych wykonawca zawsze może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości faktycznie poniesionej szkody. Brak jest więc racjonalnego wytłumaczenia, dla którego Zamawiający nie byłby zainteresowany realizacją umowy i dopiero zastrzeżenie kar umownych miałyby to zmieć. Zamawiający będący dysponentem środków publicznych, których nieprawidłowe wydatkowanie skutkuje dyscypliną finansów publicznych, nie jest i faktycznie nie może być zainteresowany niewykonaniem umowy, a równowaga stron umowy nie musi polegać na identycznych zastrzeżeniach w zakresie możliwości naliczania kar umownych.

Art. 433 pkt 2

192. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2020/22

W pierwszej kolejności wskazać należy, że twierdzenie Odwołującego, zgodnie którym Zamawiający obarczył wykonawcę obowiązkami wskazanymi w treści zarzutu, których niedopełnienie skutkuje naliczeniem kary umownej „której redakcja sugeruje oderwanie od winy oraz oparcie na zasadzie ryzyka”, nie znajduje potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie sprawy. Jak bowiem wynika z załącznika nr 2 do SWZ zawierającego wzór umowy, w zakresie §10 ust. 1, Zamawiający zawarł adnotację w postaci przypisu oznaczonego nr 3, zgodnie z którą: „Wszystkie kary zależne są od zawinienia Wykonawcy i nie stanowią kar gwarancyjnych. Zapis ma charakter informacyjny i nie zmienia ciężaru dowodu w zakresie, w jakim przepisy prawa nakładają na Wykonawcę ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż nie ponosi on winy w naruszeniu kontraktu.”. Powyższe ustalenie powoduje, że zarzut staje się w tym zakresie bezzasadny. Ponadto, odnosząc się do części zarzutu koncentrującej się na argumentacji wskazanej w pkt 5.12 – 5.14 uzasadnienia odwołania, w tym zakresie skład orzekający przychylił się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, zgodnie z którym to na wykonawcy realizującym zamówienie ciąży w takich sytuacjach obowiązek poinformowania Zamawiającego o ewentualnych nieprawidłowościach w zbieraniu odpadów przez mieszkańców gminy. Oczywistym natomiast jest, że skoro zgodnie z adnotacją zawartą w umowie wszystkie kary umowne są zależne od zawinienia wykonawcy, to nie będzie on ponosił negatywnych konsekwencji za tego rodzaju sytuacje. Ponadto Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, w tym przywołane tam orzecznictwo. Nie ma w ocenie składu orzekającego przeszkód aby obarczył wykonawcę obowiązkiem kontraktowym w zakresie osiągnięcia określonych poziomów recyklingu i w zakresie ograniczenia masy odpadów, w szczególności mając na uwadze fakt, że to za pośrednictwem wykonawcy zamawiający realizuje obowiązki w zakresie odbioru odpadów i ich zagospodarowania. Natomiast zaniechanie skorelowania tego obowiązku z narzędziami zmierzającymi do zapewnienia jego realnego wypełnienia w postaci art. kar umownych byłoby ze strony Zamawiającego rażącym niedopatrzaniem.

193. Wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3006/22

Odnosząc się do postawionego zarzutu na wstępie wskazać należy, iż na gminy nałożony został obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 35% wagowo za rok 2023 (art. 3b ust. 1 ucpg). Ponadto na mocy art. 6c ust. 1 ucpg, gminy obowiązane są do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Jednocześnie w art. 6d ust. 1 ucpg, ustawodawca przewidział możliwość udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, a jego przedmiotem objęto odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w I półroczu 2023 roku. Tym samym co do zasady nie budzi wątpliwości, że gmina realizując zadania własne z zakresu gospodarki odpadami, organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, zleca wykonywanie tych zadań wyspecjalizowanemu podmiotowi gospodarczemu z założeniem, że wykonawca wypełni nałożone na gminę i powierzone w drodze umowy obowiązki, którymi sama została przez ustawodawcę obciążona. Organizując postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, a nie wyłącznie na ich odbiór, uzasadnione jest zatem wymaganie spełnienia przez wykonawcę określonych wysokich standardów również w zakresie zagospodarowania odpadów, w tym poprzez ich recykling lub ponowne użycie zgodnie z hierarchią postę-

powania z odpadami określoną przepisami prawa polskiego i unijnego. Dlatego też przewidzenie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, zgodnie z art. 3b ucpg, nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisów prawa, nie jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz nie narusza zasad współżycia społecznego. Można wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu (por. analogiczna argumentacja w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22 i orzecznictwo tam przywołane). Zauważyć należy, iż wykonawca zamówienia decyduje o tym do jakich instalacji trafią odebrane przez niego odpady komunalne i na jakich warunkach umownych, ma zatem wpływ na to jakiemu podmiotowi powierzy zagospodarowanie odpadów komunalnych, o których mowa w punkcie III.1. ppkt 2 i 3 SWZ.

Art. 433 pkt 4

194. Wyrok z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 765/22

Izba stwierdziła, że specyfika umowy ramowej, która nie zawiera definitywnych zobowiązań stron umowy, a jedynie określa ramy ewentualnych przyszłych zobowiązań i określa zasady udzielania zamówień, stoi w sprzeczności z obowiązkiem zastrzeżenia już na etapie umowy ramowej minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy ramowej. Zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu, ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Zamawiający zawierając umowę ramową deklaruje, że ma zamiar w okresie, na jaki umowa została zawarta, udzielać zamówień wykonawczych. Z kolei wykonawcy deklarują, iż są wstępnie zainteresowani składaniem ofert na ich realizację. Zamawiający nie jest zobligowany do udzielania zamówień wykonawczych, a wykonawcy nie są zobligowani do składania ofert na ich realizację. Umowa ramowa nie jest umową w żadnym zakresie zobowiązującą, jej zawarcie nie rodzi ani roszczeń o udzielenie zamówienia, ani o jego wykonanie. Mając powyższe na uwadze, Izba stoi na stanowisku, że art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania wprost do umowy ramowej - byłoby to niezgodne z celem i ideą umowy ramowej.

195. Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3481/22

(...) zasada trwałości umów o zamówienie publiczne jest wyprowadzana z uregulowań ustawowych prawa zamówień publicznych, które co do zasady nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Dyspozycja art. 456 ustawy pzp pozwala zamawiającemu na odstąpienie od umowy w ściśle określonych sytuacjach. Regulacja ta ma charakter wyjątkowy, gdyż stanowi ograniczenie zasady pacta sunt servanda. Do umów w sprawie zamówienia publicznego obowiązuje zasada dotrzymywania umów, gdyż tego wymaga pewność obrotu. Zauważyć należy, że celem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja określonego świadczenia. Wykonawcy kalkulując ceny ofertowe biorą pod uwagę różne czynniki, uzależniając ceny od długości trwania świadczenia, jego wielkości, zakładając także czynniki ryzyka na odpowiednim poziomie, tak aby zapewnić zysk z realizacji zamówienia. (...) Niewątpliwie, realizacji zasady trwałości umów służy dyspozycja art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w której za klauzulę abuzywną uznano przewidywanie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość wypowiedzenia umowy przez każdą ze stron właściwie bez podawania przyczyny. W ocenie

Izby, modyfikacja § 8 ust. 2 projektu umowy, której dokonał Zamawiający w dniu 30 grudnia 2022 r., nie miała wpływu na aktualność zarzutu. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wprowadzona przesłanka wypowiedzenia umowy pozostawia w zasadzie dowolność stronom i możliwość rozwiązania umowy w każdym czasie. Niezrozumiałym jest stwierdzenie, że dalsza realizacja umowy będzie „ekonomicznie nieuzasadniona”. W ocenie Izby, w interesie wykonawcy jest aby umowa została zrealizowana w całości z uwagi na planowane zyski. Projekt umowy przewiduje klauzule waloryzacyjne wynagrodzenia wykonawcy, a więc nie jest jasne kiedy świadczenie miałyby stać się dla wykonawcy nieuzasadnione ekonomicznie. Podobnie z perspektywy zamawiającego, który ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać zabezpieczone środki na cały okres realizacji umowy. W konsekwencji Izba uznała zarzut za aktualny, gdyż Zamawiający właściwie nie sprecyzował powodów wypowiedzenia umowy. W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w zakresie w jakim stanowi nieuprawnione ograniczenie zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, gdy wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który zrealizuje. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na wypowiedzenie umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Postanowienie § 8 ust. 2 wzoru umowy przeczy zasadzie trwałości umów o zamówienie publiczne i w sposób niedozwolony i nieuzasadniony pozwala na ograniczenie zamówienia w dowolnym czasie i zakresie (patrz też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3107/21). Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495). Zamawiający jest więc uprawniony zawrzeć w umowie przesłanki rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, niemniej jednak muszą one być w sposób jasny i precyzyjny zdefiniowane. Niedookreślone postanowienia umożliwiające rozwiązanie umowy na każdym etapie jej realizacji przekładają się na różną ocenę ryzyk przez poszczególnych wykonawców, co niewątpliwie ma także wpływ na porównywalność ofert w postępowaniu.

Art. 436 pkt 4 lit. b)

196. Wyrok z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2939/22

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że instytucje uregulowane w art. 436 pkt 4 lit. b oraz w art. 439 stanowią dwie odrębne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Pierwszy z ww. przepisów nakazuje wprowadzenie do umowy postanowień aktualizujących wynagrodzenie wykonawcy w razie zaistnienia okoliczności mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a które następują na skutek zmian powszechnie obowiązującego prawa. Drugi przepis ma za zadanie zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, która może zostać zaburzona w wyniku zmian stosunków gospodarczych czyli zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Oba te przepisy stanowią przejaw ograniczenia swobody kontraktowej stron, wyrażonej w art. 3531 Kodeksu cywilnego. (...) Ratio legis normy art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP zasadniczo pozostaje tożsame jak funkcjonującego w poprzednim stanie prawnym art. 142 ust. 5 ustawy PZP. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący nakazujący przewidzenie w umowie postanowień, na mocy których, w razie zmiany wysokości obciążeń publicznych, modyfikacji ulegnie również wynagrodzenie wykonawcy. Choć w treści obecnie obowiązującego art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, charakter zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą obciążeń publicznych nie został opisany słowem „odpowiednie”, tak jak miało to miejsce na gruncie art. 142 ust. 5 poprzednio obowiązującej ustawy PZP, należy przyjąć, że również na gruncie aktualnych przepisów zmiany te powinny mieć właśnie „odpowiedni” charakter.

Powyższe oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicz-

noprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę (tak: KIO w wyroku z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18). Innymi słowy, zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, brak jest uzasadnienia dla limitowania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podyktowana jest ona okolicznościami, o których mowa w ww. przepisie. Uwzględniając aktualne zapisy projektu umowy, może bowiem zaistnieć sytuacja, w której zastosowanie art. 436 pkt 4 lit. b będzie całkowicie wyłączone. Przykładowo, w razie dokonania waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o art. 439 ustawy PZP i wyczerpaniu limitu 5% wartości umowy, nie będzie możliwym zmiana wynagrodzenia wykonawcy np. w razie zmiany stawek podatkowych. Powyższe kłóci się z charakterem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP i celem, dla którego przepis ten został wprowadzony do ustawy oraz prowadzi de facto do obejścia prawa.

Należy również pamiętać, że przez zmianę wynagrodzenia (zmianę wartości umowy) należy rozumieć zarówno jego podwyższenie, jak też obniżenie. Zatem w sytuacji zmian wysokości obciążeń publiczno-prawnych na korzyść Zamawiającego, przy jednoczesnym wyczerpaniu limitu waloryzacji w wysokości 5% wartości umowy, wykonawca mógłby skutecznie odmówić zawarcia stosownego aneksu do umowy z uwagi na wyczerpanie ww. limitu.

Zamawiający przedstawiając argumentację na odparcie zarzutu postawionego przez Odwołującego, zdaje się zrównywać oba rodzaje waloryzacji, co jednak jest błędnym podejściem. Mają one bowiem odmienny charakter. Celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, jest ochrona interesów wykonawców i zamawiających, które mogą ulec zagrożeniu na skutek zmian prawa, których żadna ze stron umowy nie jest w stanie przewidzieć i np. w kalkulować w cenę oferty (w przypadku oferenta) czy też uwzględnić w ramach wartości szacunkowej zamówienia (w przypadku zamawiającego) – chociaż od tej zasady mogą istnieć wyjątki np. na dzień wydania niniejszego wyroku wiadomo jak będzie kształtować się minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalna stawka godzinowa w roku 2023. Zasadnym jest więc w tym przypadku pełne odzwierciedlenie wpływu wprowadzanych zmian prawa na wysokość wynagrodzenia wykonawcy, o ile zmiany te mają wpływ na koszty wykonania zamówienia.

Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że dyspozycja art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP zezwala na określenie przez niego górnego pułapu w razie modyfikacji takich czynników jak np. stawka podatku czy kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przyjęcie takiego stanowiska kłóciłoby się z sensem tego przepisu, a w skrajnych przypadkach – tak jak w rozpatrywanej sprawie – mogłoby doprowadzić do całkowitego wyłączenia jego stosowania. W ramach przepisu art. 439 wprowadzono obowiązek przewidzenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Taka regulacja nie znajduje się jednak w przepisie art. 436 i zdaniem Izby nie można jej na zasadzie analogii stosować także w razie tego rodzaju waloryzacji. Charakter waloryzacji z art. 436 jest inny i nie ma możliwości limitowania zmian wprowadzanych na tej podstawie.

Art. 439 ust. 1 i 2

197. Wyrok z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22

Rozpoznając postawiony w odwołaniu zarzut przede wszystkim należy zgodzić się z odwołującym, że celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę

na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku. Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje bowiem stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany cen związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji – czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis.

Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

198. Wyrok z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22

W myśl wyżej wskazanego przepisu, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu. Ustawodawca nie posłużył się bowiem sformułowaniem „miękkim”, np. „może zawierać” ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem, w ocenie Izby, *contra legem*. (...)

Zdaniem Izby, ww. przepis *de facto* odnosi się do poziomu inflacji, czyli wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, odmiennie niż postanowienia przepisu art. 436 ustawy Pzp. Dlatego też słusznym, zasadnym, a co za tym idzie obowiązkowym jest dostosowanie projektowanych przez zamawiającego postanowień umownych do bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Argumentacja, na

którą powołuje się zamawiający, odnosząc się do uzasadnienia do projektu ustawy w zakresie art. 439 ustawy Pzp, nie daje podstaw do twierdzenia, że zamawiający ma swobodę w kształtowaniu postanowień umownych dotyczących subiektywnej oceny możliwości wyłączenia zasad wynikających z przepisu art. 439 ustawy Pzp. Z uzasadnienia wynika bowiem, że poszczególni zamawiający mają swobodę w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Oznacza to, że zamawiający oceniając specyfikę danego zamówienia, po pierwsze ma obowiązek zastosowania klauzuli waloryzacyjnej (sformułowanie przepisu „zawiera”), po drugie musi być ona dostosowana do charakteru zamówienia, a nie że może być w ogóle wyłączona ze stosowania.

199. Wyrok z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1151/22

Zamawiający zobowiązany jest więc określić w umowie w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych oraz maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia. W treści odwołania Odwołujący nie kwestionował braku wskazania któregokolwiek z powyższych elementów lecz skoncentrował się na twierdzeniu, zgodnie z którym sposób określenia powyższych elementów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie przez Odwołującego kwestionowanym, nie odzwierciedla celu art. 439 ustawy Pzp, tj. nie zapewnia realnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w tym postępowaniu. W tym miejscu skład orzekający w tej sprawie wskazuje, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, a przywołany również w treści odwołania, zgodnie z którym celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Jednocześnie zauważyć należy, że wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Należy również zauważyć, że wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21). (...)

Odnosząc się do żądania zmiany treści pkt 24.4.3.7 i 24.4.3.8 Izba wskazuje, że z treści art. 439 ustawy Pzp nie można wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko Izby, zgodnie z którym powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jakkolwiek Izba nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak nie oznacza, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe (vide: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 235/22).

200. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1822/22

Nie ulega wątpliwości, że art. 439 Pzp ma, jak wskazano w odwołaniu, „charakter *ius cogens*, a jego stosowanie nie może być uzależnione od woli stron” (...). Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, że „oznacza to, że klauzula waloryzacyjna powinna cechować się automatyzmem, tj. jej zastosowanie nie może podlegać woli stron, ujawniającej się w zawarciu aneksu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego - instytucja art. 439 jest bowiem jakościowo inna od instytucji dopuszczalnych zmian umowy uregulowanych w Pzp”. Należy zauważyć, że określanie przepisu art. 439 Pzp mianem „klauzuli waloryzacyjnej” ma charakter jedynie potoczny - ani w ust. 1, ani w ust. 2 tego artykułu nie zostało użyte wyrażenie

nie „waloryzacja” – używane są zaś wyrażenia „zmiana wysokości wynagrodzenia” i „zmiana wynagrodzenia”. Z treści art. 439 ust. 2 pkt 1) Pzp wynika, że określony poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1 Pzp, ma skutkować powstaniem uprawnienia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy. W ocenie Izby nie powinno budzić wątpliwości, że skutek prawny w postaci powstania uprawnienia do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia nie jest tożsamy ze skutkiem w postaci zmiany tego wynagrodzenia. Nie sposób więc uznać, że postanowienia art. 439 ust. 1 lub ust. 2 Pzp nakładają obowiązek zawarcia w umowie postanowień dotyczących zasad zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 439 ust.1 Pzp, w sposób „automatyczny”, i nie pozwalają na zawarcie w umowie postanowień dotyczących zasad zmiany przedmiotowego wynagrodzenia poprzez zmianę umowy w drodze zgodnego oświadczenia woli stron.

201. Wyrok z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22

Izba wskazuje, że klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Podkreślić należy, iż wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w umowie określa się m.in. 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 zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron.

202. Wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3251/22

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego został wskazany w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp jako przykładowy, o czym świadczy użycie w tym przepisie sformułowania „w szczególności”, zatem zamawiający mogą użyć również innego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. W związku z powyższym Izba nie dopatryła się naruszenia w zastosowaniu w niniejszym postępowaniu wskaźnika opierającego się na danych publikowanych przez wydawnictwo SEKOCENBUD.

Odrębną kwestią jest przejrzystość postanowień dotyczących waloryzacji, które powinny - jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący - przed złożeniem oferty umożliwiać wykonawcom ocenę ryzyka inflacyjnego i w efekcie umożliwiać rzetelną kalkulację ceny oferty. Ponadto w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp ustawodawca dopuścił wskazanie innej podstawy ustalania zmiany wynagrodzenia, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Z przepisu wynika, że zamawiający może dokonywać zmiany wynagrodzenia w zakresie określonego rodzaju materiałów lub kosztów, ale wynika też, że ma on wskazać wykaz tychże rodzajów materiałów lub kosztów, czyli powinien określić, jakie materiały lub koszty w przypadku zmiany ich cen będą uwzględniane przy żądaniu zmiany wynagrodzenia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał w par. 9 ust. 1 pkt 1.2. projektu umowy, że wykonawca

zobowiązany jest dostarczyć wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość Przedmiotu Umowy, który po zatwierdzeniu przez zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji. Zamawiający nie wskazał jednak, jakie materiały lub inne koszty będzie uwzględniał przy waloryzacji i wg jakich zasad będzie zatwierdzał wykaz przedstawiony w tym zakresie przez wykonawcę. Tym samym postanowienia dotyczące waloryzacji nie są zgodne z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i nie zapewniają osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma waloryzacja.

203. Wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3385/22

Poza odniesieniem się do aktualnej, niestabilnej sytuacji gospodarczej, zobrazowanej opracowaniami własnymi w zakresie kształtowania się poziomu inflacji w latach 2015-2022 oraz wysokości stóp procentowych za przestrzeni okres 2014 – 2022, a także kalkulacjami będącymi wynikiem własnych analiz na podstawie zeszłych lat, Odwołujący nie wykazał na czym konkretnie ma polegać naruszenie zarzucanych Zamawiającemu przepisów. Tymczasem, Zamawiający wypełnił ciężący na nim obowiązek wynikający z treści art. 439 Pzp, w szczególności polegający na określeniu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, którą określił na poziomie nie większym niż (+/- 10 %). Warto podkreślić, że art. 439 ust. 1 i 2 Pzp nie nakłada na Zamawiającego wymogu wprowadzenia konkretnej wysokości waloryzacji, a tym samym oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen, czy też odniesienia wysokości waloryzacji do cen rynkowych. To rolą wykonawcy jest skalkulowanie ceny oferty w taki sposób, aby uwzględnić w niej koszty realizacji zamówienia oraz możliwe ryzyka. Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż ocena adekwatności klauzuli waloryzacyjnej do sytuacji rynkowej leży w kompetencjach Zamawiającego, a Izba nie jest właściwa do oceny stopnia ryzyka zastosowanych przez niego rozwiązań. (...)

Nie można stracić również z pola widzenia, że ochrona interesu stron umowy, to nie tylko ochrona interesów wykonawcy, ale również Zamawiającego, który jest dysponentem środków publicznych. Określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia chroni Zamawiającego, który funkcjonuje w oparciu o określony budżet, przed nadmiernym i niezaplanowanym, nie ujętym w budżecie wzrostem koniecznego do zapłaty wynagrodzenia. Jednocześnie stwarza wykonawcy gwarancje zmiany wynagrodzenia według określonego mechanizmu, co ma wpływ na prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyk związanych ze wzrostem kosztów przewyższających wskazaną maksymalną wartość. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał na jakiej podstawie żądana zmiana wartości waloryzacji z 10% na 20% jest bardziej odpowiednia, biorąc pod uwagę interes i równowagę obu stron umowy, niż ta określona przez Zamawiającego. Ponadto, stawiane żądania w zakresie zmiany wartości waloryzacji nie prowadzą do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, lecz do udogadniania warunków realizacji zamówienia, co nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. (...)W ocenie Izby, kwestionowana klauzula waloryzacyjna została sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu, w sposób pozwalający chronić interesy finansowe wykonawcy, a Zamawiającemu pozwolić na należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia.

Art. 462 ust. 2

204. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2062/22

W odniesieniu do oświadczeń złożonych przez ww. wykonawców w przedmiocie podwykonawstwa należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Izby, jak i poglądami prezentowanymi przez doktrynę, tego rodzaju oświadczeniom co do zasady nadaje się charakter informacyjny, o ile nic innego nie wynika z przepisów ustawy Pzp czy postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (tj. art. w sytuacji zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia – w tym przypadku informacje dotyczące zakresu podwykonawstwa uznaje się za merytoryczną treść oferty). Zgodnie z przepisem 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. Ww. przepis znalazł odzwierciedlenie w treści postanowienia zawartego w pkt I.2.6) SWZ. Mając zatem na uwadze powyższe, jak i okoliczność, że zamawiający nie wymagał podania nazw podmiotów, które będą zapewniać ochronę szaletu, w treści oferty w celu dokonania oceny w ww. kryterium oceny ofert, należy stwierdzić, że wykonawcy nie byli zobowiązani do podania nazw podwykonawców realizujących ww. część przedmiotu zamówienia, a dokonanie zmiany w tych zakresie nie można kwalifikować jako niedozwolonej zmiany treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 505 ust. 1

205. Wyrok z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 365/22, KIO 405/22

O braku interesu we wniesieniu odwołania nie może stanowić okoliczność, że cena oferty Odwołującego X przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. O zaistnieniu podstaw do unieważnienia postępowania można mówić w sytuacji, w której oferta z ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie znajdzie środków na zwiększenie tej kwoty do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, że do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak jest pewności czy Zamawiający nie podjąłby decyzji o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

206. Wyrok z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22

Na tym etapie postępowania, tj. przed upływem terminu składania ofert, interes w kwestionowaniu postanowień swz lub ogłoszenia o zamówieniu ma każdy wykonawca, który jest zainteresowany złożeniem oferty i któremu te postanowienia mogą utrudnić złożenie konkurencyjnej oferty. Bez względu zatem na to, co napisał odwołujący w odwołaniu (prawdopodobnie nie usunął fragmentu z poprzedniego odwołania dotyczącego innego stanu faktycznego), sam fakt, że jest on zainteresowany ubieganiem się o zamówienie i uznaje postanowienia projektu umowy (czyli części swz) za naruszające przepisy i utrudniające mu złożenie oferty, stanowi podstawę, by stwierdzić, że posiada on interes we wniesieniu odwołania. Nie jest przy tym konieczne, aby kwestionowane postanowienia uniemożliwiały wykonawcy złożenie oferty, ale wystarczy, że utrudniają mu złożenie oferty. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Izby, np. wyrok KIO 1747/17 z dnia 05.09.2017 r. czy KIO 2426/17 z dnia 01.12.2017 r. Odwołujący w niniejszej sprawie może też ponieść szkodę w wyniku zastosowania kwestionowanego postanowienia projektu umowy, ponieważ postanowienie to, w jego ocenie, pozbawia wykonawców możliwości dokonania realnej waloryzacji wynagrodzenia, co stwarza ryzyko finansowe w zakresie możliwego do osiągnięcia zysku lub nawet ryzyko poniesienia straty.

207. Wyrok z dnia 4 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 415/22

W tym miejscu zasadnym jest odniesienie się do podnoszonej w trakcie rozprawy kwestii istnienia interesu do wniesienia odwołania wykonawcy, który uplasował się na dalszym niż drugie miejscu w rankingu ofert. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Jest to materialnoprawna przesłanka do wniesienia odwołania, podlegająca badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy może prowadzić do

oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (zob. wyrok z 13 września 2011 r., KIO 1837/11). Nie można zatem za skuteczną uznać argumentacji Odwołującego zaprezentowanej na rozprawie, że kwestia interesu we wniesieniu odwołania powinna zostać rozstrzygnięta na posiedzeniu i powinna prowadzić do ewentualnego odrzucenia odwołania. Brak podniesienia tej kwestii na posiedzeniu nie rozstrzyga automatycznie, że droga do zbadania tej okoliczności zamyka się wraz z otwarciem rozprawy. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną prowadzi do oddalenia odwołania (tak: wyrok z dnia 30 czerwca 2020 r., KIO 819/20).

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący został sklasyfikowany na czwartej pozycji w rankingu ofert, a zakresem odwołania jest objęta jedynie oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty nie dotyczą oferty sklasyfikowanej na drugiej i trzeciej pozycji. W tym kontekście konieczne jest stwierdzenie, że nie można wykluczyć, że wykonawcy, których oferty zostały ocenione korzystniej, nie spełniają warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a wtedy wykonawcy dalej sklasyfikowani mogą mieć interes we wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący potencjalnie będzie mógł „wygrać przetarg”, gdy skutecznie zakwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty i np. przy ponownej ocenie ofert okaże się, że wykonawca pierwotnie sklasyfikowany na drugim i trzecim miejscu zostanie wykluczony z postępowania. Sprowadza się to do wniosku, że interes prawny we wniesieniu odwołania będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy wzięli udział w danym postępowaniu i nie uzyskali zamówienia (tak: wyrok z dnia 19 grudnia 2017 r., KIO 2586/17). Obecnie bowiem weryfikacja wykonawców biorących udział w postępowaniu, ma charakter dwustopniowy. Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy PZP regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Tym samym nie można wykluczyć sytuacji, w której wykonawcy sklasyfikowani na korzystniejszych pozycjach w rankingu ofert niż Odwołujący, spełniania warunków podmiotowych ostatecznie nie potwierdzą, co otworzy szanse na uzyskanie zamówienia również jemu.

208. Wyrok z dnia 3 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1295/22

Odwołujący nie zdołał wykazać po jego stronie interesu w kontekście art. 505 Pzp. Podkreślić należy, że interes w rozumieniu powyższego przepisu należy rozpatrywać tylko i wyłącznie w kontekście tego aktualnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. należy dążyć do ustalenia, czy Odwołujący poprzez wniesienie odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie brak jest tego interesu albowiem Odwołujący nie dąży ani do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, ani też do ogłoszenia nowego postępowania. Celem Odwołującego jest jedynie modyfikacja podstawy prawnej odrzucenia jego oferty, tj. wskazanie, że wyłączną podstawą odrzucenia jego oferty jest przepis art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z tym, iż nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący w związku z tym godzi się z odrzuceniem jego oferty, a więc tym samym, sam rezygnuje z możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Taka natomiast konstrukcja zarzutów i żądań odwołania prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący nie kwestionując swojego odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp na moment orzekania definitywnie utracił status wykonawcy, gdyż czynność Zamawiającego odrzucająca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp stała się prawomocna. W konsekwencji rozstrzygnięcie podjęte w niniejszym postępowaniu nie może doprowadzić do uzyskania przez Odwołującego zamówienia publicznego. W związku z powyższym skoro Odwołujący utracił status wykonawcy a tym samym szansę na uzyskanie zamówienia w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, to posiadanie interesu w rozumieniu przepisu art. 505 Pzp

musiało zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu, tj. uzyskania zamówienia w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności, czy zaniechań Zamawiającego. W ocenie Izby ocena taka wypadła negatywnie, co w konsekwencji wiąże się z koniecznością oddalenia przedmiotowego odwołania.

Ponadto podkreślić należy, że nawet potencjalne stwierdzenie przez Izbę, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp było nieprawidłowe, nie spowoduje możliwości uwzględnienia odwołania, gdyż z uwagi na przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek: 1) naruszenie przepisów ustawy oraz 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Taka sytuacja natomiast nie ma miejsca w rozpoznawanym stanie faktycznym. Jak bowiem wskazano, nawet pomimo stwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, oferta Odwołującego w dalszym ciągu pozostanie odrzucona, a więc w żaden sposób nie wpłynie to na wynik postępowania, co w konsekwencji skutkuje oddaleniem odwołania.

Na marginesie zauważyć także należy, że wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wadium w dniu 4 maja 2022 r., a więc jeszcze w terminie związania Odwołującego ofertą. Powyższe natomiast wprost potwierdza, że w tym dniu, tj. 4 maja 2022r. Zamawiający zakończył ocenę i badanie oferty Odwołującego w wyniku których to czynności uznał, że w postępowaniu zaistniała przesłanka zatrzymania wadium, a oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Fakt natomiast, że Zamawiający o odrzuceniu oferty Odwołującego poinformował go dopiero w dniu 11 maja 2022r. wynika bezpośrednio z dyspozycji przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Żaden przepis Pzp nie nakazuje Zamawiającemu natychmiastowego informowania każdego w wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu ich ofert. Czynność ta bowiem następuje dopiero wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, która w niniejszym postępowaniu została wybrana w dniu 11 maja 2022r.

209. Wyrok z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2513/22

W ocenie składu orzekającego na gruncie rozpoznawanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który nie kwestionował odrzucenia swojej oferty, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko odnoszące się do szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia jako odnoszące się do „danego zamówienia”, jednak nie oznacza to, że interes taki posiada wykonawca, który nie podejmuje próby obrony swojej oferty, a wniesionym środkiem ochrony prawnej zmierza jedynie do podważenia prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji do unieważnienia konkretnego postępowania o zamówienie. Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) w przywołanym przez Zamawiającego wyroku wydanym w sprawie C-131/16 Archus et Gama, w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono dwie oferty a zamawiający wydał jednocześnie dwie decyzje co do odrzucenia oferty jednego wykonawcy i wyboru jako najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie

„danego zamówienia”. Natomiast taka sytuacja nie ma miejsca w tej sprawie odwoławczej, bowiem jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie zaskarżył decyzji Zamawiającego w zakresie w jakim odnosi się ona do odrzucenia oferty Odwołującego i jest to istotna okoliczność przesądzająca o utracie interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego. (...)

Znamienne jest również to, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zaniechanie zabezpieczenia jej wadium zgodnie z wymogami Zamawiającego, Odwołujący bowiem wniósł wadium po terminie składania ofert. Odwołujący, co wskazał wprost w treści odwołania, nie kwestionuje zasadności odrzucenia jego oferty. W tym miejscu Izba wskazuje, że drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność, czy Odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoła, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem między naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a szkodą powinien istnieć związek przyczynowy. W ocenie Izby, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego, lecz w wyniku własnej niestaranności nie tylko przy przygotowywaniu oferty – ponieważ wymagane w postępowaniu wadium zostało wniesione po terminie składania ofert, efektem czego było odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, ale również na skutek niezakwestionowania tej czynności – Odwołujący nie wniósł w tym zakresie odwołania celem weryfikacji prawidłowości decyzji o odrzuceniu jego oferty.

(...) Zamawiający jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty drugiego oferenta. Istotne w sprawie jest to, że w przewidzianym ustawą terminie na wniesienie środków ochrony prawnej od powyższej czynności Zamawiającego, Odwołujący zaskarżył czynność tylko w zakresie w jakim odnosiła się ona do wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc jednocześnie o unieważnienie postępowania o zamówienie. W konsekwencji Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz nie wykazał możliwości poniesienia szkody, ponieważ jednocześnie nie odwołał się od czynności Zamawiającego w zakresie w jakim dotyczyła ona odrzucenia jego oferty. Tym samym na dzień rozpoznania sprawy oferta Odwołującego jest ostatecznie odrzucona, co Izba była zobowiązana wziąć pod uwagę przy rozpoznaniu tego odwołania. W nawiązaniu do omówionego wyżej orzecznictwa TSUE, stwierdzić więc należy, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty.

210. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3048/22, KIO 3050/22

W orzecznictwie Izby występuje zasada koncentracji środków ochrony prawnej jako przejaw realizacji zasady szybkości postępowania. Trudno bowiem akceptować sytuację wykorzystywania środków ochrony prawnej dla przewlekłości procedury udzielenia zamówienia, a tak mogłoby się wydarzyć, gdyby uznać, że wykonawca nie ma obowiązku podnieść wszystkich zarzutów, jakie dostrzeże w związku z danym zachowaniem zamawiającego. Wówczas wykonawcy mogliby próbować wносить kolejne odwołania powołując się na okoliczności, które były mu wiadome już przy np. poprzednim wyborze oferty najkorzystniejszej, doprowadzając do kolejnych unieważnień wyborów oferty najkorzystniejszej. Jednak zasada ta jako nie sformułowana wprost w przepisach ustawy nie ma charakteru absolutnego i jej zastosowanie każdorazowo wymaga analizy stanu faktycznego danej sprawy, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca jest przymuszany do wyszukiwania wszystkich możliwych uchybień, jakich mógł się dopuścić zamawiający. Nie można też pominąć sytuacji danego wykonawcy w postępowaniu, bowiem poza samą wiedzą o wadliwych czynnościach zamawiającego wykonawca musi mieć także przymiot wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu, a wadliwie dokonana czynność powodować możliwość powstania szkody u tego wykonawcy. Tym samym nie można w ocenie Izby obciążać wykonawcy zasadą koncentracji środków dowodowych w sytuacji, gdy po pierwsze odwołanie dotyczy czynności, o której zamawiający ma obowiązek zawiadomić i po drugie wykonawca nie jest w stanie wykazać przesłanki do-

puszczalności odwołania. Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu. Odwołujący być może mógł powziąć wiadomość o wszystkich okolicznościach, które pozwalały mu na skutecznie podważenie przyznanej oceny wykonawcom sklasyfikowanym niżej. Jednak możliwość pozbawienia go zysków z realizacji zamówienia mogłaby powstać tylko w sytuacji, gdyby któryś z tych wykonawców był uznany za wykonawcę wybranego. O wyborze wykonawcy zawiadomić musi zamawiający i od tego momentu biegnie termin na wniesienie odwołania. Tym samym sam fakt powzięcia wcześniej informacji o okolicznościach dających podstawę do wniesienia odwołania nie otwiera terminu do skorzystania z tego środka. Konieczne jest powiadomienie przez zamawiającego, co nie miało miejsca. Już tylko z tego powodu odwołanie jest przedwczesne. Nie ma jednak podstaw do odmowy rozpoznania odwołania przedwczesnego, żaden z przepisów takiej sytuacji nie reguluje. Odrzuceniu podlega tylko odwołanie wniesione po terminie. Tym samym istota problemu sprowadza się do oceny, czy odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania. Przy czym w ocenie Izby tę przesłankę ocenia się na moment wniesienia odwołania, co więcej ona może odpaść po wniesieniu odwołania, ale nie powoduje to niedopuszczalności odwołania, może mieć jedynie znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia. To zasada powszechnie akceptowana w procesie cywilnym i niedoznająca różnic na gruncie postępowania odwoławczego. Dokonując tej oceny Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie jest w stanie wykazać możliwości poniesienia szkody w związku z oceną przyznaną przez zamawiającego. Na dzień wniesienia odwołania mimo przyznania tej samej oceny w kryterium doświadczenia kierownika budowy wszystkim wykonawcom, to oferta odwołującego została wybrana. Tym samym zarzucany w odwołaniu błąd w ocenie ofert sklasyfikowanych poniżej oferty odwołującego nie powodował, że odwołujący traci szansę na osiągnięcie zysku z tego zamówienia. Przeciwnie to on miał te szanse największe. Konieczne jest tu także powołanie się na art. 513 ustawy i odczytanie tego przepisu łącznie z art. 505 ust. 1 ustawy, bowiem trzeba wskazać, co daje podstawę do skorzystania ze środków ochrony prawnej — jest to naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy przez czynność lub zaniechanie. To właśnie to naruszenie ma mieć związek z możliwą szkodą. Natomiast w tym postępowaniu odwoławczym, to nie zachowanie zamawiającego może powodować szkodę, ale zachowanie innego wykonawcy. Odwołujący bowiem uzasadniając możliwość poniesienia szkody wskazywał na to, że szkoda powstanie, o ile konkurent wnie- sie odwołanie na wybór oferty odwołującego. Zatem odwołujący związku przyczynowo-skutkowego ze szkodą w uzyskaniu zamówienia doszukuje się w czynności innego wykonawcy, a nie zamawiającego i to nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w postępowaniu odwoławczym. Tak rozumiana szkoda nie wpisuje się w brzmienie art. 505 ust. 1 ustawy. Już na gruncie ustawy z 2004 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawie sygn. akt X Ga 343/14 z dnia 9 stycznia 2015 r. stwierdził, że dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Z całą stanowczością należy podkreślić, że w przypadku gdyby doszło do uchylecia obecnego wyniku postępowania i jego ponowienia w sposób niekorzystny dla odwołującego, to odwołującemu nie można byłoby odmówić prawa do wniesienia odwołania, tylko z tego powodu, że wiedział o błędach w ocenie ofert sklasyfikowanych niżej, bowiem przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być oceniane w oderwaniu od oceny przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

211. Wyrok z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3147/22

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na to, że cena jego oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że art. 255 pkt. 3 ustawy zezwala zamawiającemu na unieważnienie postępowania dopiero w sytuacji, gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym unieważnienie w tym przypadku jest możliwe dopiero w sytuacji, gdy zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu oferty najkorzystniejszej. Na datę wniesienia odwołania taka sytuacja w postępowaniu nie zaistniała. Oferta najkorzystniejsza mieści się w budżecie zamawiającego, oferta odwołującego nie jest

ofertą najkorzystniejszą, zatem nadal ma szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż nie wiadomo czy sytuacja zamawiającego i jego możliwości finansowe nie ulegną zmianie w przyszłości, w której być może dojdzie do zmiany rankingu ofert na skutek odwołania odwołującego. Interes w uzyskaniu zamówienia jest także w orzecznictwie postrzegany jako możliwość realizacji danego przedmiotu zamówienia, a więc także interes w doprowadzeniu do sytuacji unieważnienia postępowania i stworzenia sobie szansy na wybór w kolejnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia. Dopuszczalność tak ukształtowanego interesu wynika z orzecznictwa krajowego, dla którego punktem wyjścia: „było stanowisko prezentowane przez 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). (...) Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jednak z zastrzeżeniem, że nie został ostatecznie wykluczony z danego postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 36 wyroku w sprawie C-355/15). Do znaczenia pojęcia „dane zamówienie”, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 Pzp polski ustawodawca, a które we wskazanym na wstępie orzecznictwie Izby rozumiane było wyłącznie w powiązaniu z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w związku z którym było wniesione odwołanie, TSUE odniósł się w wyroku w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, w sytuacji gdy wykonawca kwestionuje jednocześnie odrzucenie własnej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” — treść przytoczona z Informacji rocznej o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r. źródło <https://www.uzp.gov.pl/kio/dokumenty/informacje-roczne-kio>. Izba uważa, że to stanowisko zachowuje aktualność na gruncie obecnej ustawy, gdyż art. 179 ust. 1 starego PZP i art. 505 ust 1 ustawy są tożsame.

212. Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3370/22

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że Odwołujący wnosząc odwołanie nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz że nie wykazał szkody jaką poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes podmiotu korzystającego ze środka ochrony prawnej w ujęciu ww. przepisu stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Przyjmuje się, że interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia, przy czym należy zaznaczyć, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w sposób szeroki tak aby realizował się cel jakim jest możliwość skutecznego zaskarżenia. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, zatem musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka. Powyższe oznacza to, że art. 505 Pzp w sposób szeroki wyznacza legitymację czynną, czyli m.in. do wniesienia odwołania w sprawie zamówienia. Wystarczy już bowiem sama chęć uzyskania zamówienia. Istotne jednak jest przy tym kryterium zobiektywizowane, zgodnie z którym odwołujący musi wykazać potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia. Tak szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Analogiczne postanowienia zawiera również art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG. Ocena, czy dany podmiot posiada interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie winna być badana na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 września 2022 r. XXIII Zs 112/22). W ocenie Izby Odwołujący sprostował temu wymaganiu, wskazując w odwołaniu, że uzyskanie dostępu do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, pozwoli mu zweryfikować złożone przez X wyjaśnienia ceny oferty, a w dalszej kolejności umożliwi mu

wystąpienie z odpowiednim, kolejnym odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej (jeśli oferta X zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu) lub też przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego przez X w przypadku, gdyby oferta tego podmiotu została odrzucona (opcja druga zmaterializowała się w postępowaniu w związku z odrzuceniem oferty X w dniu 22.12.2022 r. i zaskarżeniem tej decyzji przez tego wykonawcę do KIO). Ponadto Odwołujący wskazał, że w sytuacji odrzucenia oferty X jego oferta stanie się jedyną ofertą w postępowaniu. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał istnienie przesłanek korzystania ze środków ochrony prawnej.

Art. 506 ust. 2

213. Wyrok z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1184/22

Po pierwsze treść art. 506 ust. 2 Pzp stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Przy czym w uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. W ocenie Izby z ww. przepisu wynika, że co zasady wystarczające jest zwykłe tłumaczenie dokumentów, a dopiero w uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający stwierdził, że wystarczające było tłumaczenie przedstawione przez odwołującego i nie było konieczności wymagania tłumaczenia ww. korespondencji dokonanej przez tłumacza przysięgłego. W tym kontekście Izba zauważyła, że treść tłumaczenia przedstawiona przez odwołującego nie budziła wątpliwości czy też zastrzeżeń zamawiającego przez co nie można było zakwalifikować przedmiotowej sytuacji jako uzasadnionego przypadku dla żądania przedstawienia tłumaczenia poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Art. 508 ust. 1

214. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3212/22

Ponadto ww. wykonawca przesłał pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wyłącznie za pomocą poczty elektronicznej, na adres odwolania@uzp.gov.pl. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 poz. 2453) pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 Pzp, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Powyżej wskazany przepis wprowadza pewne obostrzenie w stosunku do odwołań oraz zgłaszanych przystąpień, które polega na tym, że w ich przypadku nie ma możliwości wyboru pomiędzy elektroniczną skrzynką podawczą Urzędu lub wskazanym adresem poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby. W odniesieniu do tych dwóch szczególnych pism, zawierających odwołanie oraz zgłoszenie przystąpienia, konieczne jest przekazanie na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, o ile rzecz jasna wnosi się je w postaci elektronicznej. Jak ustalił skład orzekający wykonawca (...) wniósł przystąpienie w postaci elektronicznej, ale nie przekazał go na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, czym naruszył przepisy dotyczące formy zgłoszenia przystąpienia. Dodatkowo ww. wykonawca nie powołał się na okoliczność awarii lub niemożność skorzystania z tej skrzynki z przyczyn technicznych w terminie właściwym na zgłoszenie przystąpienia, co skutkowało tym, że Izba nie znalazła żadnych powodów do uznania, że przystąpienie można było uznać za skuteczne.

Art. 508 ust. 2

215. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2038/22

Wykonawca X nie dopełnił obowiązków wynikających z powyższych przepisów. Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę X zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2022 r. Przystąpienie jako wniesione w postaci elektronicznej (skan dokumentu) zostało opatrzone podpisem zaufanym członka zarządu wyżej wymienionej spółki – Pana Y. Z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego stanowiącej załącznik do zgłoszenia przystąpienia wynika, że w przypadku zarządu składającego się z dwóch lub większej ilości osób do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Przystąpienie nie zostało zatem podpisane zgodnie z reprezentacją wynikającą z Krajowego Rejestru Sądowego. Izba ustaliła, że do przedmiotowego zgłoszenia nie zostało dołączone pełnomocnictwo dla Pana Y uprawniające go do reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponadto skład orzekający ustalił, że w dniu 9 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę X w formie pisemnej za pośrednictwem operatora pocztowego – Poczty Polskiej S.A. Należy jednak wskazać, że rzeczony pismo zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia wynikającego z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, który upłynął w dniu 8 sierpnia 2022 r. W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, że termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, a zatem nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Liczy się bowiem data wniesienia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej tj. data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma.

Art. 513 pkt 1

216. Wyrok z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2521/22

Po pierwsze Izba pragnie podkreślić, że ocenie w ramach postępowania odwoławczego podlegają czynności zamawiającego już dokonane. Nie podlegają ocenie Izby przewidywane przez wykonawców działania zamawiającego. Jak bowiem stanowi art. 513 pkt 1 ustawy PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarciu umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Zatem przedmiotem odwołania może być m. in. dokonana przez Zamawiającego czynność lub zaniechanie określonej czynności (pkt 2).

Z uwagi na powyższe, w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie miała podstaw dokonywać oceny, czy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia czy też brak jest podstaw do jej odrzucenia, a tym samym czy pierwotnie dokonany wybór był prawidłowy (zarzut nr 1). Badaniu nie podlegała również kwestia uchylania się przez Odwołującego od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nie dokonał ponownej oceny ofert ani nie unieważnił postępowania z tego powodu (zarzut nr 5). Jeśli wskazane wyżej czynności zostaną przez Zamawiającego dokonane, wykonawcy będzie przysługiwać prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z tym ocenie Izby podlegała wyłącznie kwestia tego, czy Zamawiający mógł unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Skład orzekający w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia pu-

blicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty (przykładowo jej niezgodność z SIWZ) później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować (tak: wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r., KIO 2605/14). Zamawiający stwierdzając istnienie wątpliwości odnośnie prawidłowości dokonanej czynności nie może ich pomijać. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o określonych faktach, umowa w sprawie zamówienia publicznego została podpisana z wykonawcą, którego oferta może być obciążona oczywistą wadliwością. Nie można więc stwierdzić, że w takim przypadku Zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co jednak istotne, Zamawiający na dzień wyrokowania nie podjął dalszych czynności w postępowaniu. Ostatnią czynnością przez niego podjętą jest unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie wiadomo zatem jaki będzie rezultat ponownej oceny ofert. Nie można stwierdzić na obecnym etapie jakie czynności, jeśli jakiegokolwiek, Zamawiający podejmie wobec oferty Odwołującego czy też o podstawie prawnej takich czynności. Nie jest zatem możliwa ocena przez Izbę związanej z tym argumentacji przedstawianej przez Odwołującego. Wywód Odwołującego w zakresie zgodności jego oferty z warunkami zamówienia w kontekście prezentowanej wykładni SWZ jest więc przedwczesny i nie podlegał ocenie Izby.

Wobec powyższego, zdaniem Izby nie można stwierdzić, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów biorąc pod uwagę, że czynność taka umożliwia jedynie ponowne zbadanie złożonych ofert, a efekt tego badania jest obecnie nieznanym.

Art. 516 ust. 1 pkt 10

217. Wyrok z dnia 2 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3381/22

Jak słusznie wskazano w orzeczeniu z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 351/22, KIO 360/22, zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 (...) W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący. W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący w petitum odwołania przedstawił podniesione zarzuty podając podstawy prawne oraz krótkie opisy naruszeń. W pkt 1 (na str. 3 odwołania) został wskazany zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art 224 ust 6 Pzp. Odwołujący w tym punkcie nie wymienił co prawda przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, jednak w już w krótkim opisie przedmiotowego zarzutu wskazał, że naruszenie w nim wskazane polega na niepodaniu przez zamawiającego powodów odrzucenia oferty odwołującego, polegające na zaniechaniu wskazania uzasadnienia faktycznego dokonania tej czynności. Ponadto cały punkt I uzasadnienia (zaprezentowany na str. 5-6 odwołania) odnosił się do naruszenia dotyczącego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego i w tej części uzasadnienia odwołujący wprost wskazał na art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z powyższym nie

sposób było uznać, że odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego niewłaściwego uzasadnienia odrzucenia złożonej przez niego oferty. W treści odwołania zostało podane uzasadnienie faktyczne dla tego zarzutu, które zawierało argumentację pozwalającą ocenić poprawność czynności zamawiającego, która była kwestionowana w ramach tego środka ochrony prawnej.

218. Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3387/22

Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. (...) W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Art. 518 ust. 2

219. Wyrok z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3096/22

W ocenie Izby, pomimo braku wskazania przez Odwołującego w treści odwołania naruszenia przez Zamawiającego konkretnych przepisów ustawy Pzp, odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja jednoznacznie dotyczy nieprawidłowości przy dokonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty, która została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Izba zważyła, że zgodnie z art. 518 ust. 2 Pzp, nieprawidłowe oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Izba wzięła jednocześnie pod uwagę fakt, że Odwołujący występował w niniejszej sprawie osobiście, nie korzystał z jakiegokolwiek pomocy prawnej ani profesjonalnych pełnomocników. Pomimo zatem sformułowania odwołania w sposób zawierający pewne niedokładności co do sposobu sformułowania zarzutów, Izba rozpoznała odwołanie, przyjmując, że istotą odwołania jest zarzut dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych, o którym mowa w pkt. VIII ust. 2 pkt

4 lit. a SWZ, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp. W związku z tym zarzutem Odwołujący sformułował żądanie ponownego przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury sprawdzenia oferty/lub odrzucenia pierwszej oferty.

Art. 519 ust. 1

220. Wyrok z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 413/22

Odwołujący nie przedłożył w wyznaczonym terminie dowodu uiszczenia wpisu w wysokości 20 000 zł. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie drogi ekspresowej, co w jego ocenie wskazuje jednoznacznie, że zakres prac i usług jest związany z czynnościami bieżącej konserwacji wskazanych w ogłoszeniu odcinków dróg. W ocenie odwołującego zatem roboty drogowe nie powinny być kwalifikowane jako roboty budowlane w rozumieniu art. 7 pkt. 21 ustawy. Mając na uwadze wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, która przekracza progi unijne, a także fakt, że odwołujący od daty opublikowania ogłoszenia o zamówieniu publicznych wiedział, że zamawiający kwalifikuje przedmiotowe zamówienie jako roboty budowlane, to zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, wpis od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi wynosi 20 000 zł. Bezsporne jest, że w tej wysokości do końca dnia 14 lutego 2022 r. odwołujący wpisu nie uiścił. Odwołujący nie kwestionował ustaleń zamawiającego i kwalifikacji rodzaju zamówienia na wcześniejszym etapie postępowania. Izba nadto ustaliła, że gro robot przeznaczonych do wykonania to roboty remontowe, mieszczące się w kodach CPV wskazanych w załączniku nr I do dyrektywy 2014/25/UE. Świadczą o tym zarówno krótki opis zamówienia dla części I w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i podane tam przez zamawiającego kody CPV, a także pozycje kosztorysu wypełniane przez wykonawców, które obszernie przytoczono. Odwołujący natomiast, poza przedstawieniem własnej opinii co do kwalifikacji przedmiotu zamówienia, nie wykazał, że doszło przed otwarciem ofert do zmiany rodzaju zamówienia (...)

Izba ma świadomość, że kompleksowe utrzymanie dróg może być kwalifikowane jako usługa, w szczególności w sytuacji, gdy dotyczy usługi letniego lub zimowego oczyszczania dróg, jednak w przedmiotowej sprawie przeważająca część przedmiotu zamówienia w części pierwszej, to czynności związane z remontem nawierzchni, tym samym Izba nie znalazła podstaw do podważenia kwalifikacji rodzaju zamówienia dokonanej przez zamawiającego.

Art. 522 ust. 1

221. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2003/22

Niewątpliwie w świetle art. 522 ust.1 i 2 ustawy Pzp obowiązek wykonania żądań sformułowanych w odwołaniu musi być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w tym odwołaniu zarzutów. Ponadto powołany przepis – tak jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Fakt niedokonania czynności zgodnie z żądaniami skutkuje prawem do wniesienia kolejnego odwołania przez wykonawcę i jego merytorycznego rozpatrzenia. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wybór konkretnej oferty w postępowaniu nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu przewidzianego w art. 522 Pzp. Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział –

jak już wskazano – możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Pzp regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie mogą naruszać zasad i przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielania zamówienia publicznego, według których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

222. Postanowienie z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2102/22

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości. Złożenie takiego oświadczenia ma doniosłe znaczenie procesowe, gdyż implikuje możliwość wniesienia sprzeciwu wobec tej czynności przez potencjalnych wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Nie sposób dekodować takiego oświadczenia, które ma stricte procesowy charakter, z czynności faktycznych podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

223. Postanowienie z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2102/22

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą Przystępującego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Przyjmując zatem hipotetycznie, iż z jakiś powodów wezwanie do złożenia sprzeciwu nie dotarło do wykonawcy, to Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony, nie stawił się na posiedzenie z udziałem stron w celu wniesienia ewentualnego sprzeciwu w zakresie uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Niestawiennictwo wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Art. 522 ust. 3

224. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3249/22

Zdaniem Izby niewykonanie w pełni żądań pomimo uwzględnienia zarzutu nie mogło jednak, samo przez się skutkować uwzględnieniem odwołania z powołaniem się jedynie na naruszenie art. 522 ust. 3 Pzp. W orzecznictwie Izby, jeszcze na gruncie analogicznych przepisów poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r., wypracowane zostało jednolite stanowisko, że zamawiający po uwzględnieniu zarzutów odwołania powinien starać się wykonać żądania z takiego odwołania. Jeśli zamawiający wykona czynność dokładnie i literalnie zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, to wobec takiej czynności, zgodnie z art. 528 pkt 5 Pzp, nie służy już prawo do skutecznego wniesienia odwołania, gdyż odwołanie wniesione wobec takiej czynności podlega odrzuceniu. Jeśli jednak zamawiający tego nie uczyni i wykona w postępowaniu czynność, która nie odpowiada wprost żądaniu uwzględnionego zarzutu, to na taką czynność zamawiającego wykonawcy służy prawo do wniesienia kolejnego odwołania, które nie podlega odrzuceniu (a contrario art. 528 pkt 5 Pzp). Jednakże uwzględnienie takiego kolejnego odwołania nie może opierać się wyłącznie o wskazanie jako naruszonego przepisu art. 522 ust. 3 Pzp. Warunkiem uwzględnienia takiego kolejnego odwołania jest wykazanie jako naruszonych innych przepisów Pzp, niż art. 522 ust. 3 Pzp. W orzecznictwie Izby zostało bowiem przesądzone, że zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z prawem i określonymi w Pzp zasadami. Zdarzało się bowiem, że pomimo zasadności zarzutów, żądania odwołania niekiedy nie dopowiadały prawu lub były niewykonalne.

Art. 525 ust. 1 - 3

225. Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 542/22

Wykonawca X nieskutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało zgłoszone w dniu 4 marca 2022 r., tj. po upływie terminu określonego w art. 525 ust 1 Pzp. Termin 3-dniowy na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z ww. przepisem, należy liczyć od daty otrzymania kopii odwołania przez wykonawcę, przy czym dla zachowania tego terminu konieczne jest, aby w tym terminie zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa KIO. Pismo powyższe zostało nadane przez wykonawcę X listem poleconym w dniu 2 marca 2022 r., natomiast z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przesłał wykonawcom kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 28 lutego 2022 r. Zatem w niniejszej sprawie termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 3 marca 2022 r., a tym samym zgłoszenie przystąpienia w dniu 4 marca 2022 r. należało uznać za spóźnione.

226. Wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3212/22

Wykonawca X zgłaszając przystąpienie nie wskazał strony, do której przystępuje. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jak wynika z ww. przepisu wykonawca, zgłaszając przystąpienie, ma obowiązek wskazania strony, do której przystępuje. Brak takiego wskazania w treści zgłoszonego przystąpienia nie może być uzupełniony w trakcie trwania postępowania odwoławczego. W związku z tym jeśli wykonawca do momentu upływu trzydniowego okresu na zgłoszenie przystąpienia, liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania, nie wskaże strony, do której przystępuje – jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie – to tak zgłoszone przystąpienie należy uznać za nieskuteczne.

Art. 528 pkt 1

227. Postanowienie z dnia 27 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1844/22

Nadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby nie jest możliwe wniesienie odwołania na czynność podmiotu, który nie będąc zobowiązanym do stosowania przepisów NPzp, mimo to ją stosuje. Powyższego nie zmieniło błędne pouczenie wykonawców w zakresie możliwości wniesienia odwołania do Prezesa Izby, jakie zamieszczono w SWZ. Stosowanie przepisów NPzp w tym błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie mogło wpłynąć na uprawnienie wykonawców (także Odwołującego), gdyż to NPzp określa reguły obowiązujące dla zamówień określonego rodzaju i wartości. W konsekwencji NPzp nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania. W związku z powyższym skoro przy zamówieniach sektorowych przepisy NPzp 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 NPzp. Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 1 NPzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone.

Art. 528 pkt 2

228. Postanowienie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 424/22

Należy wskazać, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej, w tym odwołania, został przez ustawodawcę wskazany w art. 505 ustawy Pzp (...) W przypadku środka ochrony prawnej wnoszonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie – dla dokonania oceny, czy środek ochrony prawnej został wniesiony przez podmiot uprawniony – ma kategoria wykonawcy (...) W przypadku gdy postępowanie podzielone jest na części – posiadanie statusu wykonawcy, jak i spełnienie pozostałych przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bada się w odniesieniu do danej części zamówienia. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje – jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego [tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12].

Pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp (...) Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia umowy), status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części – wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia. Złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2701/17).

229. Wyrok z dnia 30 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2052/22

Nie znalazła bowiem podstaw do odrzucenia odwołania, jak wnioskował Przystępujący na posiedzeniu (...) z uwagi na osobę p. X udzielającego upoważnienia dla pełnomocnika do jego wniesienia”. Przystępujący wskazał, że z załączonego krajowego rejestru sądowego (KRS) dla oddziału krajowego przedsiębiorcy wynika, że nie jest on członkiem organu. Powołał, się na wpis w rubryce 4 KRS, gdzie wskazano p. X.

jako osobę reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale oraz brak informacji o zakresie jego umocowania.

Izba stwierdziła, że ze złożonych dokumentów, w tym wskazywanego KRS przez wnioskodawcę, przede wszystkim nie wynikają żadne ograniczenia dla osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w Oddziale, a Przystępujący innych dokumentów (poza KRS) ograniczających umocowanie nie powołał. Izba, wskazując na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2014 r. (ICZ 21/14) podnosi, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego, jako nie posiadający osobowości prawnej i stanowiący część działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Polski, jest uprawniony do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z art. 85 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcy korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m.in. poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Na podstawie art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny tworząc oddział jest zobowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Istotą oddziału przedsiębiorcy zagranicznego jest to, że oddział działa w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Celem tworzenia oddziałów i ustanawiania osób upoważnionych do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale jest umożliwienie podejmowania czynności przez oddział bez konieczności uzyskiwania dodatkowych pełnomocnictw. Zatem, osoba ujawniona w KRS, jako upoważniona do reprezentacji w oddziale, może na podstawie takiego upoważnienia podejmować wszelkie czynności związane z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

230. Postanowienie z dnia 6 września 2022 r., sygn. akt: KIO 1925/22

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający odniósł się w tym zakresie do stanowiska odwołującego, zgodnie z którym: „Odwołującym (Wykonawcą) w niniejszym postępowaniu nie jest Pan „X”, a Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „X” i zauważył, że argumentacji tej przeczy sposób składania przez odwołującego szeregu dokumentów, np. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez zarządcę przymusowego w imieniu i na rzecz ww. przedsiębiorstwa, informacja z KRK została złożona w zakresie dotyczącym p. „X”, a także w odwołaniu jako odwołujący został wskazany p. „X” - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „X”. W związku z tym zamawiający zwrócił uwagę na brak spójności pomiędzy ww. argumentacją odwołującego a sposobem określenia go jako podmiotu biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w postępowaniu odwoławczym i w konsekwencji wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Izba stwierdziła, że odwołanie w niniejszej sprawie podpisał pełnomocnik ustanowiony przez zarządcę przymusowego nad Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „X” i podzieliła stanowisko odwołującego, zgodnie z którym wobec braku jednoznacznych regulacji prawnych w tym zakresie, należy uznać, że rola zarządcy przymusowego sprowadza się do roli przedstawiciela ustawowego przedsiębiorcy. Powyższe można wywieść z obowiązku zapewnienia przez zarządcę przymusowego ciągłości pracy przedsiębiorstwa wynikającego z art. 292a § 8 kpc, a także z art. 7525 kpc, zgodnie z którym czynności prawne obowiązanego dotyczące majątku objętego zarządem przymusowym podjęte po ustanowieniu zarządu są nieważne. W świetle powyższego Izba uznała, że wskazanie jako odwołującego p. „X” - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „X” i jednoczesne podpisanie tegoż odwołania przez pełnomocnika zarządcy przymusowego, czyni zadość wymogom wniesienia odwołania i nie daje podstaw do stwierdzenia, że wniósł je podmiot nieuprawniony.

231. Postanowienie z dnia 16 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2301/22

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, jako że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – podmiot, który utracił status wykonawcy. Izba stwierdziła, że na skutek wyroku Izby z dnia 17 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1020/22 utrzymanego w mocy przez wyrok Sądu Okręgowego z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 88/22 czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się ostateczna, zaś Odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, Odwołujący, który został ostatecznie wyeliminowany z przedmiotowego postępowania, nie posiada uprawnienia do kwestionowania dalszych czynności Zamawiającego zmierzających do zakończenia postępowania. Już treść stawianych przez Odwołującego zarzutów wskazuje na to, że celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jego oferta została odrzucona, a Odwołujący nie będzie mógł zawrzeć z Zamawiającym umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przysługujące Odwołującemu prawo do wniesienia skargi kasacyjnej pozostaje bez wpływu na skuteczność podejmowanych przez Zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty Konsorcjum X jako najkorzystniejszej.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo, m.in. 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. Reasumując, orzecznictwo, w tym europejskie wskazując na możliwość zaskarżenia przez wyeliminowanego wykonawcę czynności zamawiającego wyboru oferty innego wykonawcy, ogranicza to prawo zaskarżenia wyłącznie do sytuacji, gdy obie czynności (wykluczenia {tu odrzucenia – przyp. autora} i wyboru oferty) podjęto jednocześnie, a czynność odrzucenia oferty nie stała się prawomocna. Wskazane orzeczenia ale też i motyw 57 powołanego wyżej wyroku w sprawie C-131/16 (...), odnosząc się do ww. wyroku TSUE w sprawie C-355/15 potwierdzają brak interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody przez przeciwników skargi (...) w związku z kwestionowaniem tylko i wyłącznie wyboru oferty skarżących jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy wnioski odwołania nie zmierzają jednocześnie ani do unieważnienia czynności odrzucenia oferty przeciwników skargi (...).”.

232. Postanowienie z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3210/22

Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, podzielając argumentację przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 12 grudnia 2022 r., w warunkach wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione i podpisane przez pełnomocnika (...), której pełnomocnictwa udzielili członkowie zarządu Odwołującego – (...) i (...). (vide: pełnomocnictwo podpisane w dniu 1 grudnia 2022 r., wyciąg z KRS). Jednocześnie Izba stwierdziła, że na mocy pkt 3 postanowienia z dnia 22 września 2022 r. Sądu Rejonowego Katowice Wschód w Katowicach, X Wydział Gospodarczy, sygn. akt (...) postanowiono wyznaczyć zarządcę, którego funkcję pełnić będzie: (...) (numer licencji...) – patrz. powyższe postanowienie. Ustalono również, że pismem z dnia 1 grudnia 2022 r. powołany wyżej zarządca złożył oświadczenie wiedzy bez wskazania adresata, że działając jako ustanowiony zarządca w postępowaniu sanacyjnym spółki pod firmą (...), że: złożenie środków ochrony prawnej przez Zarząd (...) w restrukturyzacji w imieniu (...) w restrukturyzacji, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. (...) w szczególności: podpisanie, wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, reprezentowanie na posiedzeniu i rozprawie, wnoszenie pism procesowych, w tym wniosków dowodowych oraz składanie oświadczeń i wniosków w ramach tego postępowania, a także udzielenie w tym

zakresie wszelkich pełnomocnictw do ww. czynności, mieści się w zakresie czynności zwykłego zarządu, w granicach pozostawionego zarządu własnego. Oświadczył przy tym, że podmiotem uprawnionym do złożenia środków ochrony prawnej do Krajowej Izby Odwoławczej, jest (...) w restrukturyzacji, w imieniu, której działa Zarząd, który jednocześnie jest organem uprawnionym do udzielania wszelkich pełnomocnictw w ww. zakresie.

Według zapatrywania Izby – podmiotem takim w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest wyznaczony przez Sąd Rejonowy licencjonowany zarządca, który ocenia ryzyko prawne i finansowe prowadzonego przez strony postępowania odwoławczego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą, w taki sposób aby nie doprowadzić do dalszego pogorszenia sytuacji dłużnika, w tym również w aspekcie możliwości wykonania przez dłużnika przedmiotowego zamówienia publicznego. Stosownie do art. 311 ust.1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo Restrukturyzacyjne, tj. z dnia 16 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2309) postępowania sądowe, administracyjne, sądowoadministracyjne i przed sądami polubownymi dotyczące masy sanacyjnej mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez zarządcę albo przeciwko niemu. Postępowania te zarządca prowadzi w imieniu własnym na rzecz dłużnika. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że „postępowanie, o którym mowa w komentowanym przepisie, zarządca prowadzi w imieniu własnym na rzecz dłużnika. Legitymację zarządcy do występowania w postępowaniach można określić jako tzw. legitymację formalną, gdyż jest on inną osobą niż podmiot stosunku materialnoprawnego, którego dotyczy dane postępowanie. Dłużnik pozostaje stroną stosunku materialnoprawnego, w związku z którym toczy się dane postępowanie. Jest on zatem stroną w znaczeniu materialnym. (...)”

Jeżeli zatem przedmiotowa legitymacja do wniesienia odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter formalny (legitymacja procesowa) w myśl przepisu art.311 ust.1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne, to nie można jej utożsamiać z wykonywaniem prawa materialnego w rozumieniu przepisu art. 288 ust.3 tejże ustawy, gdzie sąd może zezwolić dłużnikowi na wykonywanie zarządu nad całością lub częścią przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zakresu zwykłego zarządu. Ponadto, wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu - zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne, to w pierwszym przypadku zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, a w drugim przypadku zdolność do zaciągania zobowiązań, zawierania umów, czego Izba w żaden sposób nie podważa. W ocenie Izby - oba pojęcia nie są tożsame z formalną legitymacją procesową przed Krajową Izbą Odwoławczą. (...)

Jednocześnie zgodnie z art. 294 cyt. wyżej ustawy z dniem otwarcia postępowania sanacyjnego mienie służące prowadzeniu przedsiębiorstwa oraz mienie należące do dłużnika stają się masą sanacyjną. Istotą przy realizacji zamówienia publicznego jest zaangażowanie w określonym stopniu mienia własnego Odwołującego opartego na wymaganym przez Zamawiającego potencjale technicznym i osobowym. Wobec powyższego nie może budzić żadnych wątpliwości, że przepis ten ma zastosowanie również do masy sanacyjnej, bez której zaangażowania nie jest możliwe wykonanie i należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Idąc dalej wymaga wskazania, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma również wszelkie cechy postępowania sądowego (niezawisłość członków KIO i ich związanie wyłącznie przepisami obowiązującego prawa – art. 475 ust. 1 ustawy Pzp, częściowy przymus adwokacki – art. 510 ust.1 ustawy Pzp, rozprawa – art. 548 i nast. ustawy Pzp, wydawane wyroki i postanowienia – art. 552 i 553 i nast. ustawy Pzp, orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, prawo wystąpienia do ETS UE z pytaniem prejudycjalnym, orzeczenia KIO poddawane są dalszej kontroli sądowej – art. 579 i nast. ustawy Pzp), co mieści się w treści przepisu art. 311 ust.1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne. Jednocześnie jeżeli jest tak, jak twierdzi Odwołujący w piśmie z dnia 16 grudnia 2022 r., że „...Polski ustawodawca powołał organ państwowy, jakim jest KIO, od której wyroków można złożyć skargę do sądu powszechnego...”, i postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem sądowym, to kierując się logiką Odwołującego, należałoby traktować takie postępowanie jako szczególne postępowanie administracyjne lub sądowno-administracyjne.

Innego racjonalnego tłumaczenia przepisu art. 311 ust.1 ustawy Pzp być nie może, tym bardziej, że wyda-

wane orzeczenia przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnią kluczową funkcję regulacyjną z punktu widzenia rynku zamówień publicznych i w ich ramach dokonują się często ogromne transfery środków publicznych pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami wskutek oceny przez Izbę postępowania tego pierwszego w aspekcie możliwości naruszenia przez niego przepisów ustawy Pzp. W dalszej kolejności - zdaniem Izby – legitymację procesową czynną przed Krajową Izbą Odwoławczą do wniesienia odwołania i reprezentowania interesów Odwołującego posiada wyłącznie ustanowiony przez Sąd zarządca na zasadzie art.311 ust.1 powołanej wyżej ustawy, a takiego uprawnienia nie posiadają członkowie zarządu spółki w stosunku, do której prowadzone jest postępowanie sanacyjne z ustanowionym licencjonowanym zarządcą. Z powyższych względów Izba orzekła na zasadzie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp stosownie do którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Art. 528 pkt 3

233. Wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 253/22

Wskazać należy, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Mając jednak na uwadze treść art. 74 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie poinformował wykonawców o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i o wynikach tego badania, wszak przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku, to termin na wniesienie odwołania od zaniechania zamawiającego w tym zakresie należy liczyć od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodać również należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia winny mieć charakter przejrzysty, pozbawiony sfery przypuszczeń, tak aby wykonawca po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego mógł jednoznacznie odkodować stanowisko zamawiającego i podjąć decyzję w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wobec powyższego wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie ww. zarzutu nie mógł zostać uwzględniony.

234. Wyrok z dnia 2 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2133/22

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania uznając, że jest ono nakierowane na zmianę wyniku postępowania i decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego - kształtującej sytuację wykonawcy w postępowaniu i od daty tej czynności należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Oczywiście w swej argumentacji Odwołujący odnosi się do wezwania do uzupełnienia, które faktycznie mogło być przedmiotem samodzielnego odwołania, lecz w ocenie Izby fakt ten, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie przesądza o istnieniu podstaw do odrzucenia odwołania.

235. Postanowienie z dnia 6 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2515/22

Okoliczność, że dany wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej na platformie zakupowej jest potwierdzana do wiadomości wykonawcy przez system elektroniczny. Informacja o tym, czy oferta została złożona skutecznie czy też nie przez danego wykonawcę jest generowana i widoczna dla tego wykonawcy w systemie elektronicznym. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego zawartych w odwołaniu, wszelkie okoliczności towarzyszące próbie powtórnego złożenia oferty przez Odwołującego na 7 min. przed upływem terminu składania ofert miały miejsce w dniu 16 września 2022 r. W tym dniu również wykonawca

powziął wiadomość, że jego oferta nie została skutecznie złożona, ponieważ upłynął termin składania ofert. Posiadając powyższą wiedzę, Odwołujący nie mógł pozostawać w przekonaniu, że informacja z otwarcia ofert opublikowana w dniu 19 września 2022 r. mogłaby zawierać informację o złożeniu przez niego oferty, zatem informacja ta faktycznie nie miała znaczenia, jako okoliczność stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania, bowiem Odwołujący posiadał już w dniu 16 września 2022 r. wszelkie informacje o okolicznościach związanych z procesem składania przez niego oferty i ostatecznie brakiem jej złożenia, tj. o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Informacja z otwarcia ofert z dnia 19 września 2022 r. nie wniosła żadnych nowych okoliczności w tej sprawie.

W związku z powyższym, w niniejszej sprawie zastosowanie ma przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 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 mniejsza niż progi unijne.

W dniu 16 września 2022 r. o godz. 9.31 Odwołujący otrzymał EPP z informacją, że jego oferta nie została złożona w postępowaniu. Dowodem jest EPP z informacją „Hash pliku z danymi przesłany po terminie” dostępny dla Odwołującego jako wykonawcy na jego koncie na platformie e-zamówienia. Ponadto, jak wynika z raportu wygenerowanego z systemu platformy przez Zamawiającego, Zamawiający zamieścił informację z otwarcia ofert w dniu 16 września 2022 r. godz. 11.59. Zatem już w dniu 16.09.2022 r. Odwołujący dysponował wiadomością potwierdzającą dodatkowo, że jego oferta nie dotarła do Zamawiającego. Zatem 5-dniowy termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie upłynął w dniu 21 września 2022 r., podczas gdy odwołanie zostało niesione w dniu 26 września 2022 r., a zatem po upływie terminu określonego w ustawie (art. 515 ust. 3 Pzp).

Z powyższych względów Izba orzekła o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

236. Wyrok z dnia 14 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2851/22

Izba wskazuje, iż zarzuty odwołania zawarte w punktach 1 – 3 petitum odwołania podlegały odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przedmiotem podniesionych zarzutów jest czynność Zamawiającego z dnia 30 września 2022 r. polegająca na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty. W tym dniu Odwołujący powziął wiedzę o powyższej czynności. Tym samym jeżeli w ocenie Odwołującego treść tego wezwania była nieprawidłowa z uwagi na nieprecyzyjny charakter czy też niezgodna z przepisami ustawy Pzp ze względu na skierowanie do Odwołującego łącznego wniosku o wyjaśnienie wyliczenia ceny oferty oraz treści oferty, to Wykonawca powinien w odpowiednim terminie skorzystać ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 515 ust. 2 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp 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 nie zdecydował się zaskarżyć czynności Zamawiającego z dnia 30 września 2022 r. w ustawowym terminie, zatem winien on liczyć się z konsekwencjami, jakie wiązać się mogą dla wykonawcy z wszczęciem procedury wyjaśnień ceny oferty oraz treści oferty.

237. Wyrok z dnia 8 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3121/22

Wniesienie środka ochrony prawnej ma na celu ochronę interesów wykonawcy poprzez dokonanie weryfikacji ofert konkurentów i wskazanie nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego, niemniej jednak nie powinno być wykorzystywane dla przewlekłości procedury udzielenia zamówienia. Wykonawca w związku z danym zachowaniem zamawiającego (czynnością bądź zaniechaniem) jest zobowiązany podnieść wszystkie zarzuty, wobec których może powziąć na danym etapie informacje. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Nie do zaakceptowania jest pogląd, że wykonawca jest uprawniony wnosić kolejne odwołania powołując się na okoliczności, które były mu wiadome już przy np. poprzednim wyborze oferty najkorzystniejszej, doprowadzając do kolejnych unieważnień wyborów oferty najkorzystniejszej. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej wymaga każdorazowo analizy danego stanu faktycznego. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem tej zasady, co skutkuje uznaniem odwołania za wniesionego z uchybieniem terminu, z przyczyn wskazanych poniżej.

Zauważyć należy, że odwołanie zostało wniesione wobec ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a właściwie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Istotnym dla ustalenia, czy odwołanie zostało wniesione w terminie jest zatem określenie kiedy Zamawiający dokonał badania podmiotowego Przystępującego i kiedy powiadomił Wykonawców, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu, w tym że Wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. Jak wynika z dokumentacji postępowania, weryfikacja podmiotowa Przystępującego, jak również Odwołującego miała miejsce jeszcze przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14 października 2022 r. Jak Izba ustaliła, Odwołujący także został wezwany w trybie art. 126 ust. 2 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a więc powinien mieć świadomość, że Zamawiający dokonuje pełnej weryfikacji podmiotowej Wykonawców (jak wskazał Zamawiający 3 pierwszych ofert z rankingu według kryterium oceny ofert), a nie wyłącznie wykonawcy najwyżej ocenionej, a przynajmniej takie informacje Odwołujący mógł uzyskać (i jak wskazał Zamawiający uzyskał) po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 października 2022 r., celem złożenia środka ochrony prawnej. Niewątpliwie, Zamawiający dokonał pełnego badania i oceny oferty Przystępującego, a Wykonawcy zostali w tym samym czasie powiadomieni o wyniku tego badania i oceny. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący od dnia powiadomienia o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14 października 2022 r. równoznacznej z informacją o zakończeniu badania i oceny ofert, mógł powziąć wszystkie niezbędne informacje celem kwestionowania zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Jak Izba ustaliła, Odwołujący nie złożył własnego odwołania, ani nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2798/22.

Zaznaczenia dalej wymaga, że Zamawiający unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 14 października 2022 r. nie dokonał żadnych nowych czynności względem oferty Przystępującego, w tym nie dokonał ponownego badania oferty Przystępującego. Unieważnienie pierwotnego wyboru było wyłącznie konsekwencją wniesionego przez Przystępującego odwołania, a Zamawiający wyraźnie wskazał, że podtrzymuje wcześniejsze decyzje co do wykluczenia i odrzucenia, co oznacza że podtrzymał także decyzję co do nie odrzucenia oferty Przystępującego. Izba podziela argumentację przedstawioną w postanowieniu KIO z dnia 7 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2812/22, w tym że: „Zamawiający dokonując pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej kończy badanie i ocenę merytoryczną wszystkich złożonych ofert. Podważanie tej oceny może odbyć się wyłącznie na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, chyba że kolejna czynność Zamawiającego odnosić się będzie do nowych, merytorycznych czynności oceny ofert.” W niniejszym postępowaniu Zamawiający po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie dokonał żadnych nowych merytorycznych czynności w zakresie badania podmiotowego Przystępującego.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego należało uznać za wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Odwołujący powinien był zakwestionować pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty, w tym zaniechanie

odrzućenia ofert znajdujących się przed nim w rankingu ofert. Odwołanie wobec pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym zaniechania odrzućenia oferty Przystępującego powinno zostać złożone do dnia 24 października 2022 r., a zatem odwołanie wniesione w dniu 24 listopada 2022 r. należało uznać za wniesione z uchybieniem terminu.

238. Wyrok z dnia 16 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3186/22

Odwołanie zostało wniesione od czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, po otrzymaniu, którego Odwołujący mógł pozyskać wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę zaskarżenia. Wbrew temu, co wynika ze stanowiska Przystępującego (...), okoliczność, iż zaproszenie do aukcji było poprzedzone wyjaśnieniami treści złożonej przez niego oferty, nie oznacza, że od daty złożenia wyjaśnień, a zatem przed dokonaniem ich oceny i wykonaniem czynności, wskazującej na to jaką decyzję podjął Zamawiający w wyniku oceny otrzymanych wyjaśnień, należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Odwołujący mógł wejść w posiadanie wiedzy o podjęciu przez Zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu aukcji i braku odrzućenia oferty wykonawcy (...) dopiero z datą zaproszenia do aukcji, co miało miejsce 28 listopada 2022 r. Nie można zatem uznać za spóźnione odwołania, które zostało wniesione 1 grudnia 2022 r. Zgodnie bowiem z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

239. Wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3294/22

Przystępujący wnosił o odrzućenie odwołania z uwagi na jego złożenie po terminie, o którym stanowi art. 555 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy PZP. Przystępujący argumentował, że zamówienie objęte odwołaniem (pakiet nr 6) obejmuje wartość netto 284 585,00 zł (brutto: 350 039,55 zł), czyli jest to wartość poniżej tzw. progu unijnego. Przedmiotowy przepis posługuje się sformułowaniem „w przypadku zamówień”, a nie np. „w przypadku postępowań”, stąd też należy brać pod uwagę jedynie wartość zamówienia, którego dotyczy odwołanie - w tym przypadku jedynie pakietu nr 6, a nie jak czyni to Odwołujący wartość całego postępowania. W takim układzie jego zdaniem odwołanie nie zostało złożone w terminie, albowiem tenże nie mijał w dniu 12 grudnia 2022 roku (10 grudnia 2022 roku - sobota), a w dniu 5 grudnia 2022 roku. Odwołanie zostało złożone zatem 7 dni po terminie. (...) Przystępujący argumentował, że skoro część postępowania, w której wniesione odwołanie, nie przekracza progów unijnych, to odwołanie powinno być wniesione w terminie 5 dni. Izba nie mogła się zgodzić z taką argumentacją. (...) Zgodnie natomiast z art. 30 Prawa zamówień publicznych, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Dlatego wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zamawiającego, to suma wartości wszystkich części zamówienia, a nie tylko części, w której złożono odwołanie. Wartość przedmiotu zamówienia (oszacowana na 4.944.170,00 netto) przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tzw. progi unijne. Skoro wartość wszystkich części, będąca wartością zamówienia, przekraczała progi unijne, to odwołanie wniesione z dochowaniem 10-dniowego terminu zostało wniesione prawidłowo.

240. Wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3332/22

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, zgodnie z którym odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2, tj. zarzutów dotyczących zaniechania odrzućenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, podlega odrzućeniu, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Nie jest sporne, że dwa analogiczne zarzuty zostały już przez odwołującego zawarte w odwołaniu z dnia 26.08.2022 r. (obok

zarzutów dotyczących zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty). Należy jednak zwrócić uwagę, że pismem z dnia 14.09.2022 r. zamawiający poinformował w odpowiedzi na ww. odwołanie, że uwzględnia je w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień oraz że w związku z tym dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W tej sytuacji sam zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego, gdyż „na dzień rozstrzygnięcia, a taki stan faktyczny bierze pod uwagę Izba wydając orzeczenie w sprawie (art. 552 ustawy Pzp), brak jest czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i Zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert”. Wprawdzie zamawiający wskazał też, że uznaje zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, za bezpodstawne, ale nie zmienia to faktu, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została przez niego unieważniona. W konsekwencji takiego stanu faktycznego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędne (postanowienie KIO z dnia 15.09.2022 r. sygn. akt KIO 2224/22). W tym stanie rzeczy nie można zgodzić się z przystępującym, że podniesione w obecnym odwołaniu zarzuty zaniechania odrzucenia jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, są spóźnione. Należy bowiem podkreślić, że odwołujący nie mógł podtrzymywać ww. zarzutów w postępowaniu odwoławczym KIO 2224/22, gdyż wobec faktu unieważnienia przez zamawiającego ww. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie było tzw. substratu zaskarżenia. Dlatego też postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2224/22 musiało zostać umorzone i ww. zarzuty, nawet uznane wówczas przez zamawiającego za niezasadne, nie mogły zostać w tamtym postępowaniu rozpoznane. Mamy zatem obecnie do czynienia z nowymi zarzutami, które mogły być podniesione dopiero po kolejnym wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, który to wybór nastąpił w dniu 02.12.2022 r. Zgodnie zatem z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołujący wniósł obecne odwołanie w dniu 12.12.2022 r., czyli w przewidzianym w ustawie 10-dniowym terminie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie to nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie żadnego zarzutu.

Art. 528 pkt 4

241. Wyrok z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 638/22

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego X, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w obecnym odwołaniu z dnia 07.03.2022 r. odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawach o sygnaturach akt: KIO 2989/21 oraz KIO 3582/21. W odwołaniu z dnia 11.10.2021 r. (KIO 2989/21) odwołujący stawiał zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jedynie w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8, zatem istotą tego zarzutu było zaniechanie wezwania przystępującego X do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, nie zaś samo zaniechanie odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Z kolei w odwołaniu z dnia 10.12.2021 r. (KIO 3582/21) odwołujący podniósł zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaś zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 224 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp został wycofany jako przedwczesny na tamtym etapie postępowania, tj. na etapie, w którym odwołujący nie znał treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień. Zarzuty związane z ceną oferty przystępującego są więc inne we wszystkich trzech odwołaniach, gdyż w pierwszym dotyczyły zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, w drugim dotyczyły zaniechania odtajnienia złożonych wyjaśnień, a w trzecim (obecnym) dotyczą wadliwej oceny złożonych wyjaśnień i zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Inne są też okoliczności, z powodu których podniesione zostały zarówno zarzuty dotyczące ceny oferty przystępującego X., jak też zarzuty dotyczące niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia i błędu w obliczeniu ceny. Należy zauważyć, że wnosząc odwołania w sprawach o sygnaturach akt: KIO 2989/21 oraz KIO 3582/21, odwołujący nie znał treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego X. Natomiast obecne odwołanie z dnia 07.03.2022 r. odwołujący wnosi znając już treść tych wyjaśnień, dlatego też powołuje

się na okoliczności wynikające właśnie z tych wyjaśnień. Nie mają zatem znaczenia same powołane przepisy czy wybiórczo cytowane fragmenty z poprzednich dwóch odwołań, ale okoliczności, które były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w poprzednich postępowaniach odwoławczych. Okoliczności te nie mogły tożsame z podniesionymi w niniejszym odwołaniu z dnia 07.03.2022 r., gdyż w poprzednich odwołaniach odwołujący nie mógł powoływać się na treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego, bo ich wówczas nie znał. Ponadto, jeśli określone zarzuty zostały w poprzednich odwołaniach postawione przedwcześnie, tj. bez znajomości ww. wyjaśnień, to nie mogą one być obecnie, po kolejnym wyborze najkorzystniejszej oferty i po udostępnieniu odwołującemu treści tych wyjaśnień, uznane za spóźnione. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że nie zachodzą podstawy odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Art. 528 pkt 5

242. Wyrok z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 373/22

Wymieniona w art. 528 pkt 5 przesłanka odrzucenia odwołania aktualizuje się w sytuacji, gdy zamawiający wykonał nakazane czynności zgodnie z zapadłym wyrokiem, bądź postąpił zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Hipoteza normy z ww. przepisu obejmuje czynności wykonane przez Zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu. Jeżeli czynność Zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Przepis ten stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie. Wymaga wskazania, że przepisy ustawy Pzp przewidują korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w trybie instancyjnym. Jeżeli czynność Zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, prawidłowość tej czynności może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby (tak Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 roku sygn. akt KIO 451/17).

243. Wyrok z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2940/22, 2947/22

Literalne brzmienie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje wprost na czynność wykonaną przez Zamawiającego w oparciu o określone wytyczne Izby. Chodzi tu zatem o przypadek, w którym Izba w sentencji orzeczenia nałożyła na Zamawiającego obowiązek podjęcia określonej czynności. Czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z uprzednio zapadłym wyrokiem Izby, której konieczność podjęcia przez zamawiającego znajduje odzwierciedlenie wprost w sentencji i uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia, nie może być kwestionowana w drodze nowego odwołania na tę czynność.

Art. 537

244. Wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3225/22

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania koniecznym jest podkreślenie, że wykonawca (...) nie wykazał ani okoliczności uzasadniających wezwanie Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ani też tym bardziej okoliczności, które wskazywałyby, że zaoficerowana przez wykonawcę (...) cena jest rażąco niska. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, 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. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoficerowanej 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. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18).

Art. 554 ust. 1

245. Wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3436/22, KIO 3445/22

Na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy Izba uwzględniła odwołanie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego, pozostawienie w postępowaniu ważnej oferty należy ocenić, jako istotną zmianę wyniku postępowania, w którym wcześniej tylko jedna oferta podlegała ocenie i wyborowi. Choć nie ma podstaw do zmiany wyniku rozumianego, jako wskazanie oferty najkorzystniejszej (takiego żądania również nie formułował Odwołujący), to wynikiem postępowania jest również wskazanie ofert, które nie podlegały odrzuceniu, o czym Zamawiający informuje w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Uchylenie decyzji o wykluczeniu X z postępowania zmienia informację przekazaną w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Nie można również pozbawić racji stanowiska Odwołującego, iż sankcja wykluczenia Wykonawcy z tego postępowania ma również wpływ na możliwość jego udziału w kolejnych procedurach przetargowych i możliwość uzyskania innych zamówień. Tym samym oddalenie odwołania, w sytuacji gdy potwierdził się zarzut naruszenia Ustawy, prowadziłoby do utrzymania wyniku, w którym Wykonawca zostaje wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co miałoby konsekwencje dla tego Wykonawcy w kolejnych postępowaniach przetargowych. Mając na uwadze postulat zapewnienia efektywności środków ochrony prawnej, które mają służyć ochronie interesów wykonawców w zamówieniach publicznych, przyjęcie wąskiego rozumienia „wyniku postępowania”, jako wskazania tylko oferty najkorzystniejszej, uniemożliwiłoby uwzględnienie odwołania wobec czynności podjętych w postępowaniu z naruszeniem Ustawy. Należy uwzględnić szczególną sytuację wykonawców, dla których decyzja o wykluczeniu z postępowania faktycznie prowadzi do eliminacji z przyszłych zamówień, co może prowadzić do dużo większej szkody, niż ta jaką jest brak uzyskania

przedmiotowego zamówienia.

Art. 555

246. Wyrok z dnia 22 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 288/22

Z kolei rozszerzanie zarzutów odwołania na rozprawie, jak to próbował czynić odwołujący wskazując, że podanie takiej informacji wyczerpuje także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, jest niedopuszczalne. Należy przypomnieć, co wielokrotnie podnoszone było zarówno w orzeczeniach sądów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp, Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu, przy czym zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył.

247. Wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 488/22

Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 537 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu nie zmienia tego, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wprowadzenie takiego wniosku.

248. Wyrok z dnia 30 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3046/22

Odwołujący w dniu 30 listopada 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, które zawierało argumentację odnoszącą się do kwestii niepodnoszonych w odwołaniu. W ww. piśmie odwołujący odniósł się do zagadnienia niespełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, podniósł wątpliwości w zakresie ceny oferty przystępującego oraz próbował kwestionować spełnienie przez przystępującego parametru dotyczącego skuteczności biobójczej w kontekście przyznania punktów w ramach kryterium pozacenowego. Izba uznała, że stanowisko odwołującego podniesione w piśmie z dnia 30 listopada 2022 r. nie mogło zostać wzięte pod uwagę na potrzeby rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ argumentację w nim zawartą należało uznać za spóźnioną oraz gołosłowną. Jak wskazano powyżej argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu miała charakter ogólnikowych oraz niesprecyzowanych twierdzeń, które w zdecydowanej większości (oprócz argumentu dotyczącego karty dozymetrycznej) były oderwane od realiów postępowania. Odwołujący dopiero przy okazji pisma z dnia 30 listopada 2022 r. próbował konkretyzować i dostosowywać postawione w odwołaniu zarzuty do okoliczności postępowania. Takie działanie nie mogło spotkać się z akceptacją Izby, ponieważ wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a ewentualne kolejne pisma procesowe składane przez odwołującego powinny mieć charakter porządkujący lub dookreślający dotychczasowe okoliczności, które zostały wskazane w treści odwołania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy właściwie całość merytorycznego stanowiska odwołującego została przeniesiona z odwołania, na pismo procesowe złożone już po upływie terminu na wniesienie odwołania, co skutkowało pominięciem przez Izbę spóźnionej argumentacji odwołującego.

249. Wyrok z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3090/22

W związku z tym należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłyby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez odwołującego dopiero na rozprawie nowy zarzut dotyczący tego, w zakresie jakich branż pan (...) wykonywał swoje dotychczasowe obowiązki wskazane jako jego doświadczenie, ponieważ jest to zarzut, który nie był zawarty w odwołaniu.

250. Wyrok z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3347/22

Jednocześnie odnosząc się do podnoszonych na rozprawie argumentów dotyczących niewłaściwego oznakowania przez odwołującego w ww. zestawieniu produktów, których nie jest on producentem oraz braku możliwości zidentyfikowania tych produktów, należy wyjaśnić, że Izba rozpoznając odwołanie nie może rozważać zasadności odrzucenia oferty wykonawcy z powodów, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu. Izba rozpoznaje bowiem odwołanie w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp, a zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje na czynność bądź zaniechanie zamawiającego. Zakres czynności odrzucenia oferty jest określony poprzez wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia. Zatem tylko w takim zakresie, w jakim czynność ta została dokonana (i w zakresie postawionych zarzutów – art. 555 ustawy Pzp) Izba może dokonać oceny zgodności tejże czynności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.07.2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11, w którym Sąd stwierdził: „Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstaw faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych”. Ww. wyrok został wydany w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z dnia 29.01.2004 r. i dotyczy czynności wykluczenia, ale nie ma to znaczenia dla omawianej kwestii i związanej z nią uniwersalnej zasady równości stron w kontradyktoryjnym postępowaniu odwoławczym, z której to zasady wynika brak dopuszczalności rozszerzania w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

Art. 568 pkt 2

251. Postanowienie z dnia 12 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1155/22

W przedmiotowej sprawie Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (por. postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3529/21, postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3535/21, postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21). Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynność najdalej idąca stanowi rezultat wszystkich wcześniej dokonywanych czynności zamawiającego, efekt wieńczący proces badania i oceny ofert. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi co do zasady do powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający aktualnie jest na etapie ponownego badania i oceny ofert, a rezultat jego działań nie jest jeszcze znany. W związku z powyższym przyjąć należy, że po dokonaniu ponownej czynności Zamawiającego związanej z badaniem i oceną

ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na tę nową czynność zamawiającego. Natomiast odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 25 kwietnia 2022 r. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 kwietnia 2022 r., która została unieważniona w dniu 9 maja 2022 r., nie posiada już substratu zaskarżenia, będącego 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.

252. Postanowienie z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2100/22

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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany przez doprecyzowanie postanowień 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 przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to 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.

253. Postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3080/22

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. (...)

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 par. 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro skutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym

w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie — musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba 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 zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. 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 par. 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 unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 przepis 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 nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

254. Postanowienie z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3106/22

W toku posiedzenia niejawnego Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 30 listopada 2022 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że powyższa czynność nie została zaskarżona w ustawowym terminie na wniesienie odwołania. Zamawiający w toku posiedzenia oświadczył, iż w terminie na wniesienie odwołania wobec ww. czynności nie przekazano mu kopii odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 i 2 ustawy pzp.

Art. 552 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby Izba orzekając wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający w dniu 30 listopada 2022 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, a wobec tej czynności w ustawowo określonym terminie nie został wniesiony środek ochrony prawnej, co oznacza, że unieważnienie postępowania stało się ostateczne. Tym samym niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia formalnie zakończyło się (vide art. 7 pkt 18 ustawy Pzp). Powyższe powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które po wniesieniu odwołania zostało już dokonane, co na moment wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie Izba obowiązana była wziąć pod uwagę (przedmiotem odwołania objęto zaniechanie unieważnienia postępowania, a nie czynność unieważnienia postępowania z dnia 30 listopada 2022 r., tym samym rozstrzygnięcie niniejszego odwołania mogłoby dotyczyć ewentualnie nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania, a nie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania - jak twierdził Przystępujący, gdyż czynność ta nie została zaskarżona za pomocą środków ochrony prawnej). Merytoryczne rozpoznanie istoty sporu jest pozbawione celu, ponieważ dotyczy ostatecznie unieważnionego, zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż na czynność unieważnienia postępowania dokonaną w dniu 30 listopada 2022 r. Wykonawcy nie przysługiwałyby środki ochrony prawnej z uwagi na brzmienie art. 527 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż powyższy przepis, jak również art. 528 pkt 5 ustawy Pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie. Przewidziany w powyższym przepisie zakaz obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo odpowiadające żądaniu zawartemu w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzeniu postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu. Celem ww. przepisu jest bowiem zapobieganie sytuacjom ponownego orzekania o tym samym. Jeżeli zatem przedmiotem odwołania zostanie objęta jedna z ww. czynności, tj. czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu na skutek uwzględnienia zarzutów poprzedniego odwołania, wykonawca nie będzie mógł takiej czynności skutecznie zakwestionować za pomocą środków ochrony prawnej, bowiem wniesione odwołanie będzie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

255. Postanowienie z dnia 9 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3117/22

Zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Wobec ustalenia, że przedmiotem tego odwołania jest treść SWZ, a Zamawiający po wniesieniu odwołania, tj. w dniu 29 listopada 2022 r. dokonał modyfikacji SWZ w wyniku której usunął sporne kryterium oceny ofert co do którego zostały sformułowane zarzuty odwołania, Izba stwierdziła, że zaistniały niezbędne przesłanki skutkujące umorzeniem postępowania, o których mowa w art. 568 pkt 2 Pzp, bowiem spór stał się bezprzedmiotowy.

256. Wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3245/22

Zamawiający dokonał ponownej analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji i w wyniku tej analizy odtajnił części informacji, które objęte zostały zarzutami odwołania. Tym samym Odwołujący uzyskał informacje, o których odtajnienie wnioskował w żądaniach odwołania. Orzekanie więc co do tych zarzutów i żądań stało się zbędne, ponieważ Zamawiający przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, uczynił im zadość. Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego a jednocześnie interes Odwołującego został zabezpieczony przez otrzymanie wnioskowanych informacji od Zamawiającego.

257. Postanowienie z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał szeregu istotnych zmian w treści SWZ i projektu umowy, publikując informację o tym na stronie prowadzonego postępowania. W kontekście podnoszonych przez odwołujących się wykonawców zarzutów, zapisy zawarte w dokumentach zamówienia uległy zmianie w sposób tak istotny, że jak oświadczyli na rozprawie odwołujący: X (sygn. akt: KIO 3272/22) oraz Y (sygn. akt: KIO 3274/22) - dalsze ich podtrzymywanie byłoby niezasadne jako, że zapisy SWZ uległy zmianie również w zakresie, w jakim odwołujący formułowali swoje żądania. Również odwołujący Z (sygn. akt: KIO 3277/22) złożył do akt sprawy pismo procesowe (pismo z 12 stycznia 2023 r.), wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego, powołując się na przesłankę art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. (...) Skoro zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do zarzutów 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 należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp - zbędne.

Art. 577

258. Wyrok z dnia 23 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2081/22

Zgodnie z art. 577 ustawy wniesienie odwołania powoduje zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten ma na celu zapewnienie efektywności dokonywanej przez Izbę kontroli zachowań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże przepis ten w żaden sposób nie zabrania zamawiającemu podejmowania innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie powoduje także zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a sam zakaz zawarcia umowy kończy się z chwilą ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz nie obowiązuje w okresie biegu terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby, ani w trakcie postępowania skargowego. W ocenie Izby zamawiający nie dostrzega, że postępowanie odwoławczo-skargowe i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to dwa odrębne postępowania.

Art. 578 ust. 2 pkt 1

259. Postanowienie z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 2/22

Izba w ramach oceny merytorycznej powyższych przesłanek ustawowych złożonego wniosku nie bada ani prawidłowości, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie dokonuje oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku niezawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie korzyści z ochrony tego interesu przewyższają korzyści wynikające z obowiązku udzielenia wykonawcy ochrony prawnej. (...) Wymaga wskazania, że ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2022 roku, nr ogłoszenia 2022/BZP 00020353/01, a zatem około 2 tygodnie przed zakończeniem obecnie obowiązującej umowy. W przekonaniu Izby - Zamawiający nie wskazał żadnej nadzwyczajnej sytuacji w ramach procedury przetargowej lub mającej wpływ na jej rozpoczęcie, która doprowadziła do wszczęcia postępowania niedługo przed zakończeniem realizacji aktualnie obowiązującej umowy. Jeżeli zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, utrzymanie zakazu z art. 577 ustawy prawo zamówień publicznych, może doprowadzić do sytuacji, iż Zamawiający w obliczu panującej pandemii zostanie pozbawiony możliwości

korzystania z usług sprzątających, co bez wątpienia spotęguje zagrożenie spowodowane epidemią dla pacjentów oraz pracowników Zamawiającego, to zamawiający powinien z odpowiednio dużym wyprzedzeniem zorganizować procedurę przetargową dotyczącą zakresu przedmiotowego zamówienia, tak aby zminimalizować powstałe ryzyko związane z jej prowadzeniem. Wobec tego Izba uznała, że zbyt późne wszczęcie postępowania nie może usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie Pzp instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Krajowej Izby Odwoławczej przed rozpoznaniem odwołania.

260. Postanowienie z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO/W 4/22

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym przypadku nie wykazał, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia ani nie wykazał, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Po pierwsze Izba zwraca uwagę, że z uzasadnienia wniosku o uchylenie zakazu nie wynika do kiedy obowiązuje umowa na podstawie której, Zamawiający obecnie realizuje zadanie związane z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych na terenie gminy. Zamawiający załączył wyłącznie informację z zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, jednakże nie daje ona żadnych podstaw do określenia jakiegokolwiek ryzyka braku odbioru odpadów na terenie gminy. Nie pozwala również ustalić czy Zamawiający wszczął postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby zakończyć postępowanie przed upływem terminu realizacji obecnej umowy. Zatem nie ma podstaw by obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie nieujawnionymi przez Zamawiającego okolicznościami poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero post factum, po zawarciu umowy. (...) Oczywiście jest, że obowiązek nieprzerwanego odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy na Zamawiającym spoczywa i – podobnie jak większość zamówień publicznych – także i ten obowiązek realizowany jest dla osiągnięcia jakiegoś celu publicznego. Jednak samo stwierdzenie takie nie oznacza jeszcze, że wniosek został należycie uzasadniony w świetle przesłanek przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie ochrony interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie, który kwestionuje poprawność czynności Zamawiającego i który, poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania, w istocie zostanie pozbawiony ochrony w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza też, że bez uchylenia zakazu zawarcia umowy Zamawiający nie może takiego obowiązku realizować, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych przewidziała również narzędzia, z których może skorzystać Zamawiający, by realizować zadania, do których jest zobowiązany. Zamawiający nie wskazał też, jaki jest realny medyczny lub sanitarno-epidemiologiczny związek pomiędzy odbiorem odpadów a rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, którego rozprzestrzenianie co do zasady następuje w inny sposób niż przez odpady. Co więcej, w obecnych realiach większość restrykcji została zniesiona w związku ze spadkiem liczby zachorowań oraz realizowanym programem szczepień.

261. Postanowienie z dnia 5 marca 2022 r., sygn. akt: KIO/W 7/22

Izba badając przesłanki możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, uznała, że wniosek jest zasadny. W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że brak zawarcia umowy mógłby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające

z charakteru zamówienia. Wskazał, że ze względu na panującą sytuację epidemiologiczną – epidemię wirusa Covid-19, istnieje konieczność zapewnienia stałego i ciągłego odbioru odpadów od mieszkańców Gminy, by nie narażać ich na wystąpienie zwiększonego niebezpieczeństwa epidemiologicznego. Możliwe jest także wystąpienie dodatkowego zagrożenia sanitarnego i bakteriologicznego. W ocenie Izby ryzyko tych zjawisk jest o tyle wysokie z uwagi na wysoki poziom zakaźności wirusa, notowany wysoki poziom zgonów oraz wystąpienie konfliktu zbrojnego w Ukrainie, co spowodowało znaczny napływ ludności cywilnej, ewakuowanej z terenów objętych działaniami zbrojnymi, a także relokację uchodźców na terenie całej Polski.

262. Postanowienie z dnia 20 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO/W 20/22

Analizując treść złożonego wniosku Izba stwierdziła, że jego uzasadnienie opiera się przede wszystkim na wskazaniu znaczenia przedmiotu umowy. Izba podkreśla, że rozpoznając wniosek Zamawiającego, ma świadomość tego znaczenia, w związku z tym argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie jest przez Izbę kwestionowana. Zamawiający jednak w treści uzasadnienia wniosku w żaden sposób nie odniósł się do czasookresu obecnie obowiązującej umowy, upływu terminu jej obowiązywania, czy na podstawie jej postanowień możliwe jest przedłużenie terminy realizacji usług. Zamawiający wskazał wyłącznie, że poprzednie postępowanie zostało unieważnione, jednakże nie daje to żadnych podstaw do określenia jakiegokolwiek ryzyka braku zapewnienia posiłków dla pacjentów. Nie pozwala również ustalić czy Zamawiający wszczął postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby zakończyć postępowanie przed upływem terminu realizacji obecnej umowy. Zatem nie ma podstaw by obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie nieujawnionymi przez Zamawiającego okolicznościami poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero post factum, po zawarciu umowy.

Izba zaznacza, że Zamawiający winien wykazać, iż niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, co uzasadnia uchylenie zakazu zawarcia umowy. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający zaś opisał obowiązki jakie na nim ciąży z tytułu zapewnienia pacjentom wyżywienia i skutki jakie mogłyby powstać w przypadku braku zapewnienia takiego wyżywienia. Przy czym, zdaniem Izby, Zamawiający zaniechał wykazania w jakikolwiek sposób, że taka groźba realnie istnieje i nie ma innych narzędzi w celu spełnienia ciężących na nim ustawowych obowiązków. Brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na wykazanie realności zagrożenia na jakie powołuje się Zamawiający powoduje, iż zdaniem Izby nie została spełniona przesłana, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

263. Postanowienie z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 30/22

Wymienione w art. 578 ust. 2 ustawy PZP przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą być one spełnione kumulatywnie. Wystąpienie zatem tylko jednej z ustawowych przesłanek stanowi wystarczającą podstawę do zastosowania przez Izbę tej instytucji prawa zamówień publicznych. (...)

Jak wykazał Zamawiający, celem rozstrzygniętego przez niego tydzień temu postępowania było zagwarantowanie kilkuset uczniom mieszkającym na obszarze Gminy X dowozu do szkół podstawowych. Niewątpliwie zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie edukacji publicznej i lokalnego transportu zbiorowego stanowi zadanie własne gminy. W świetle regulacji art. 39 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu dziecka do szkoły podstawowej albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie do szkoły zapewniają rodzice. Wykonanie tego obowiązku przez gminę ma też służyć zapewnieniu efektywności konstytucyjnego prawa do nauki (art. 70 ust. 1 Konstytucji RP) oraz czyni zadość międzynarodowym zobowiązaniom prawnym Rzeczypospolitej Polskiej wynikającym między innymi z art. 4 i art. 28 ust. 1 Konwencji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526). W tych okolicznościach niezapewnienie dowozu do szkoły

najmłodszym obywatelom, których prawa podlegają szczególnej ochronie ze strony Państwa, przyniesie negatywne skutki dla interesu publicznego. Dzieci zamieszkałe w miejscowościach oddalonych od siedziby szkoły podstawowej będą bowiem miały co najmniej bardzo utrudniony, jeśli nawet nie niemożliwy, dostęp do edukacji na szczeblu podstawowym. Tym samym ani nie będą mogły realizować swojego prawa do nauki, ani też nie będą mogły spełniać swojego obowiązku szkolnego. (...)

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że przy rozpoznawaniu wniosku Zamawiającego Izba rozważała również inne możliwe drogi do zabezpieczenia interesu publicznego w powyższym zakresie. Wydając postanowienie Izba miała na uwadze to, że świadczenie usługi dowożenia uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych ma rozpocząć się już od dnia 1 września 2022 r. Izba uznała za mało prawdopodobne, aby Zamawiający był w stanie skutecznie zorganizować zastępcze świadczenie usługi dowożenia zgodnie z przedmiotowym postępowaniem do dnia 1 września 2022 r. Dlatego też Izba uznała, iż wystąpienie znacznego prawdopodobieństwa, że Zamawiający nie będzie w stanie w inny sposób zorganizować świadczenia usługi dowożenia uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych od dnia 1 września 2022 r., także przemawia za uchyleniem zakazu zawarcia umowy w niniejszej sprawie.

Art. 578 ust. 2 pkt 2

264. Postanowienie z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 14/22

Zamawiający nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt ustawy Pzp. Zamawiający wywodzi zaistnienie tej przesłanki jedynie z tego, że zdaniem Zamawiającego podnoszone w odwołaniu zarzuty są bezzasadne. Odnosząc się do takiego stanowiska wskazać należy po pierwsze, że fakt 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. Zdaniem Izby takich okoliczności Zamawiający nie wykazał.

265. Postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 40/22

W niniejszej sprawie Izba uznała wniosek Zamawiającego za zasadny, ponieważ uprawdopodobnił on, że wniesienie przez Odwołującego w niniejszej sprawie obu odwołań, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności tej sprawy, zmierza wyłącznie do uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy Odwołujący, nie mając statusu wykonawcy w tym postępowaniu (nie ubiega się o udzielenie tego zamówienia i nie złożył oferty), a jednocześnie kwestionuje wybór oferty, dokonany przez Zamawiającego, podyktowany jest jedynie tym, aby uniemożliwić Zamawiającemu kontynuowania robót objętych przedmiotem zamówienia.

Izba wzięta również pod uwagę trwający między stronami spór, który dotyczy zakończenia realizacji wcześniej zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (...), dotyczącej realizacji tego projektu. Utrudnianie przez Odwołującego zakończenia inwentaryzacji robót, wykonanych przez niego w związku z odstąpieniem od umowy, problemy z przekazaniem placu budowy i trudności z uzgodnieniem kwestii wzajemnych rozliczeń Stron, niewątpliwie mają wpływ na działania Odwołującego, który swoimi działaniami (wniesienie odwołań), w sytuacji w której nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może mieć na celu uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy z nowo wybranym w przetargu podmiotem. (...) Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja, oraz załączone dokumenty, w ocenie Izby, potwierdzają intencje Odwołującego zmierzające do celu, o którym mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który uzasadnia uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wniesieniem odwołania w tym postępowaniu. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie o sygn. akt VIII Gz 133/15, w odniesieniu do treści art. 243 Kodeksu Postępowania Cywilnego istotą uprawdopodobnienia jest uzasadnienie zgłoszonych twierdzeń, dające przekonanie o ich prawdopodobieństwie, będące wynikiem postępowania zmierzającego do poznania rzeczywistości, ale bez zachowania szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym. Sąd w wyroku wyjaśnił, że różnica między uprawdopodobnieniem i udowodnieniem sprawdza się do tego, że przy uprawdopodobnieniu zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne. Uprawdopodobnienie zaś pojmowane jako środek zastępczy dowodu w ścisłym znaczeniu nie daje pewności, a wyłącznie prawdopodobieństwo twierdzenia o jakims fakcie. Jest to środek zwolniony od formalizmu zwykłego postępowania dowodowego, jednakże od swobodnej oceny sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) zależy uznanie, czy dokonane na podstawie uprawdopodobnienia ustalenia są na tyle wiarygodne, by na tej podstawie można było uznać za uprawdopodobnione fakty, na które strona się powołuje. Nie wystarczy zatem samo wskazanie konkretnych faktów, ale trzeba je uwiarygodnić, potwierdzić.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aktualność dokumentów - 80 (KIO 1200/22)

C

Certyfikat – 34 (KIO 2063/22)

Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym – 111 (KIO 3393/22), 112 (KIO 3374/22), 114 (KIO 1029/22), 116 (KIO 3105/22), 244 (KIO 3225/22), 247 (KIO 488/22)

D

Dokument elektroniczny – 9 (KIO 371/22), 86 (KIO 3434/22)

F

Forma elektroniczna – 11 (KIO 3297/22), 130 (KIO 540/22)

I

Interes w uzyskaniu zamówienia – 205 (KIO 365/22, KIO 405/22), 206 (KIO 440/22), 207 (KIO 415/22), 208 (KIO 1295/22), 209 (KIO 2513/22), 210 (KIO 3048/22, KIO 3050/22), 211 (KIO 3147/22), 212 (KIO 3370/22)

Istotna część składowa ceny - 108 (KIO 2105/22)

J

JEDZ – 11 (KIO 3297/22), 58 (KIO 49/22),

K

Kara umowna - 191 (KIO 2193/22), 192 (KIO 2020/22)

Klauzule abuzywne – 192 (KIO 2020/22), 193 (KIO 3006/22), 194 (KIO 765/22), 195 (KIO 3481/22)

Komunikacja elektroniczna – 12 (KIO 1001/22)

Konkurs – 189 (KIO 1763/22)

Konsorcjum – 74 (KIO 2874/22), 75 (KIO 3041/22), 118 (KIO 2052/22)

KRK - 82 (KIO 479/22)

Kryteria oceny ofert – 156 (KIO 361/22), 157 (KIO 2311/22), 158 (KIO/KD 32/22), 159 (KIO 3285/22), 160 (KIO 3525/22), 161 (KIO 610/22), 162 (KIO 1128/22), 163 (KIO 2083/22), 164 (KIO 2458/22), 165 (KIO 3492/22), 170 (KIO 2894/22)

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 98 (KIO 755/22)

N

Negocjacje bez ogłoszenia – 91 (KIO/KU 37/22)

Niewykonanie lub nienależyte wykonania zobowiązania - 49 (KIO 473/22), 50 (KIO 3448/22), 51 (KIO 3436/22, KIO 3445/22), 52 (KIO 3517/22)

O

Odrzucenie oferty –

- błąd w obliczeniu ceny – 101 (KIO 3354/22), 148 (KIO 2003/22), 149 (KIO 2819/22)
- brak złożenia dokumentów lub oświadczeń – 125 (KIO 362/22), 126 (KIO 1473/22), 127 (KIO 2527/22), 128 (KIO 3217/22)
- czyn nieuczciwej konkurencji - 140 (KIO 3221/22), 141 (KIO 3387/22)
- oferta nieważna – 130 (KIO 540/22), 131 (KIO 1533/22)
- naruszenie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa – 155 (KIO 1210/22)
- niezgodność z przepisami ustawy – 9 (KIO 371/22), 129 (KIO 457/22)
- niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – 118 (KIO 2052/22), 119 (KIO 3267/22), 120 (KIO 3354/22), 121 (KIO 3398/22), 122 (KIO 3313/22), 123 (KIO 3377/22), 124 (KIO 3468/22, KIO 3498/22), 128 (KIO 3217/22)
- niezgodność z warunkami zamówienia – 132 (KIO 21/22), 133 (KIO 2191/22), 134 (KIO 2297/22), 135 (KIO 2486/22), 136 (KIO 2619/22), 137 (KIO 3337/22), 138 (KIO 3401/22),
- rażąco niska cena - 142 (KIO 777/22), 143 (KIO 823/22), 144 (KIO 2039/22), 145 (KIO 3086/22, 146 (KIO 3237/22), 147 (KIO 3456/22)

Odwołanie:

- przedmiot odwołania – 216 (KIO 2521/22)
- warunki formalne – 217 (KIO 3381/22), 218 (KIO 3387/22), 219 (KIO 3096/22), 220 (KIO 413/22)

Odrzucenie odwołania:

- odwołanie wniesione po terminie 233 (KIO 253/22), 234 (KIO 2133/22), 235 (KIO 2515/22), 236 (KIO 2851/22), 237 (KIO 3121/22), 238 (KIO 3186/22), 239 (KIO 3294/22), 240 (KIO 3332/22)
- podmiot nieuprawniony: 228 (KIO 424/22), 229 (KIO 2052/22), 230 (KIO 1925/22), 231 (KIO 2301/22), 232 (KIO 3210/22)
- *res iudicata* – 241 (KIO 638/22), 242 (KIO 373/22), 243 (KIO 2940/22, KIO 2947/22)
- w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy: 227 (KIO 1844/22)

Oferta:

- oferta dodatkowa – 188 (KIO 2340/22)
- forma oferty – 9 (KIO 371/22), 10 (KIO 2166/22), 129 (KIO 457/22), 139 (KIO 1455/22)

Omyłka:

- inna omyłka niepowodująca istotnych zmian treści oferty – 103 (KIO 85/22), 104 (KIO 2000/22), 105 (KIO 2202/22)
- pisarska – 100 (KIO 1357/22)
- rachunkowa – 101 (KIO 3354/22), 102 (KIO 3400/22)

Opis przedmiotu zamówienia – 24 (KIO 2022/22), 25 (KIO 3375/22), 26 (KIO 64/22, KIO 74/22), 27 (KIO 248/22), 28 (KIO 351/22), 29 (KIO 1286/22), 30 (KIO 2009/22), 31 (KIO 2117/22), 32 (KIO 2162/22), 33 (KIO 3173/22)

P

Pełnomocnictwo - 86 (KIO 3434/22)

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia – 91 (KIO/KU 37/22)

Podatek VAT – 149 (KIO 2819/22)

Podpis elektroniczny – 9 (KIO 371/22), 10 (KIO 2166/22), 11 (KIO 3297/22), 125 (KIO 362/22), 129 (KIO 457/22), 130 (KIO 540/22), 139 (KIO 1455/22),

Podpis zaufany - 9 (KIO 371/22), 130 (KIO 540/22), 139 (KIO 1455/22), 152 (KIO 3001/22)

Podmiotowe środki dowodowe – 46 (KIO 1238/22), 81 (KIO 1473/22), 82 (KIO 479/22), 120 (KIO 3354/22), 122 (KIO 3313/22), 124 (KIO 3468/22, KIO 3498/22), 125 (KIO 362/22),

Podwykonawstwo – 204 (KIO 2062/22)

Podział zamówienia na części – 15 (KIO 2578/22), 16 (KIO 3128/22), 17 (KIO 3439/22)

Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji - 40 (KIO 2264/22), 41 (KIO 2977/22), 42 (KIO 2960/22)

Podział zadań między członków konsorcjum – 74 (KIO 2874/22), 75 (KIO 3041/22)

Poważne naruszenie obowiązków zawodowych – 47 (KIO 2960/22), 48 (KIO 3436/22, KIO 3445/22)

Projektowane postanowienia umowy – 191 (KIO 2193/22), 192 (KIO 2020/22), 193 (KIO 3006/22), 194 (KIO 765/22), 195 (KIO 3481/22), 196 (KIO 2939/22), 197 (KIO 440/22), 198 (KIO 1085/22), 199 (KIO 1151/22), 200 (KIO 1822/22), 201 (KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22), 202 (KIO 3251/22), 203 (KIO 3385/22),

Protokół postępowania - 14 (KIO 2948/22)

Przedmiotowe środki dowodowe – 34 (KIO 2063/22), 35 (KIO 663/22), 36 (KIO 693/22), 37 (KIO 3038/22), 38 (KIO 3066/22), 127 (KIO 2527/22), 133 (KIO 2191/22), 136 (KIO 2619/22), 138 (KIO 3401/22),

Przystąpienie do postępowania odwoławczego – 214 (KIO 3212/22), 215 (KIO 2038/22), 223 (KIO 2102/22), 225 (KIO 542/22), 226 (KIO 3212/22)

R

Referencje -120 (KIO 3354/22), 124 (KIO 3468/22, KIO 3498/22)

S

Samooczyszczenie – 59 (KIO 431/22), 60 (KIO 2360/22), 61 (KIO 2798/22, KIO 2809/22), 62 (KIO 3440/22), 63 (KIO 3180/22)

Skazanie za przestępstwo - 39 (KIO 1492/22, KIO 1496/22)

Sprzeciw wobec czynności uwzględnienia odwołania przez zamawiającego - 223 (KIO 2102/22)

Ś

Środki komunikacji elektronicznej – 139 (KIO 1455/22)

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4 (KIO 1267/22), 5 (KIO 3227/22), 6 (KIO/KU 33/22), 8 (KIO 3358/22), 14 (KIO 2948/22), 233 (KIO 253/22)

Termin – 3 (KIO 3409/22)

Termin składania ofert – 13 (KIO 2370/23)

Tłumaczenie dokumentu – 213 (KIO 1184/22)

U

Uchylenie się od zawarcia umowy - 180 (KIO 686/22), 181 (KIO 3409/22), 186 (KIO 2079/22), 187 (KIO 3415/22)

Umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – 251 (KIO 1155/22), 252 (KIO 2100/22), 253 (KIO 3080/22), 254 (KIO 3106/22), 255 (KIO 3117/22), 256 (KIO 3245/22), 257 (KIO 3272/22, KIO 3274/22, KIO 3277/22)

Umowa ramowa – 194 (KIO 765/22)

Unieważnienie postępowania:

- cena oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 171 (KIO 2671/22)
- dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione – 182 (KIO 3454/22)
- istotna zmiana okoliczności – 172 (KIO 2011/22), 173 (KIO 2630/22)
- niemożliwa do usunięcia wada postępowania – 174 (KIO 483/22), 175 (KIO 2902/22), 176 (KIO 3292/22), 177 (KIO 3294/22), 178 (KIO 3441/22), 179 (KIO 3472/22)
- nieprzyznanie środków na sfinansowanie zamówienia – 183 (KIO 442/22)

Usługi - 1 (KIO 1793/22)

Uwzględnienie zarzutów odwołania – 221 (KIO 2003/22), 222 (KIO 2102/22), 223 (KIO 2102/22), 224 (KIO 3249/22)

Uzasadnienie czynności Zamawiającego – 166 (KIO 253/22), 167 (KIO 425/22), 168 (KIO 1084/22), 169 (KIO 1132/22), 170 (KIO 2894/22), 184 (KIO 3049/22)

W

Wadium – 20 (KIO 201/22), 21 (KIO 2098/22), 22 (KIO 2369/22), 23 (KIO 12/22), 99 (KIO 3306/22), 150 (KIO 2875/22), 151 (KIO 2974/22), 152 (KIO 3001/22), 153 (KIO 3194/22), 154 (KIO 3529/22)

Waloryzacja – 196 (KIO 2939/22), 197 (KIO 440/22), 198 (KIO 1085/22), 199 (KIO 1151/22), 200 (KIO 1822/22), 201 (KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22), 202 (KIO 3251/22), 203 (KIO 3385/22)

Warunki udziału w postępowaniu – 1 (KIO 1793/22), 2 (KIO 3/22), 65 (KIO 1011/22), 66 (KIO 1093/22), 67 (KIO 1159/22), 68 (KIO 1571/22), 69 (KIO 2097/22), 70 (KIO 2153/22), 71 (KIO 2276/22), 72 (KIO 3382/22), 73 (KIO 3481/22), 80 (KIO 1200/22), 88 (KIO 1846/22), 89 (KIO 3397/22), 118 (KIO 2052/22), 119 (KIO 3267/22), 120 (KIO 3354/22), 121 (KIO 3398/22), 122 (KIO 3313/22), 123 (KIO 3377/22), 124 (KIO 3468/22, KIO 3498/22), 125 (KIO 362/22), 126 (KIO 1473/22), 128 (KIO 3217/22)

Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania – 43 (KIO 560/22), 44 (KIO 3147/22)

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów – 74 (KIO 2874/22), 82 (KIO 479/22), 83 (KIO 1560/22), 84 (KIO 1584/22), 85 (KIO 2038/22), 86 (KIO 3434/22), 87 (KIO 3521/22)

Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 106 (KIO 123/22), 107 (KIO 396/22), 108 (KIO 2105/22), 109 (KIO 2570/22), 110 (KIO 3074/22), 111 (KIO 3393/22), 112 (KIO 3374/22), 113 (KIO 2105/22), 142 (KIO 777/22)

Wpływ na wynik postępowania – 208 (KIO 1295/22), 245 (KIO 3436/22, KIO 3445/22)

Wprowadzenie w błąd – 53 (KIO 449/22), 54 (KIO 416/22), 55 (KIO 1504/22), 56 (KIO 1854/22), 57 (KIO 2960/22)

Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy – 191 (KIO 2193/22)

Wykluczenie wykonawcy:

- podstawy obligatoryjne – 39 (KIO 1492/22, KIO 1496/22), 40 (KIO 2264/22), 41 (KIO 2977/22), 42 (KIO 2960/22), 43 (KIO 560/22), 44 (KIO 3147/22)
- podstawy fakultatywne – 45 (KIO 3354/22), 46 (KIO 1238/22), 47 (KIO 2960/22), 48 (KIO 3436/22, KIO 3445/22), 49 (KIO 473/22), 50 (KIO 3448/22), 51 (KIO 3436/22, KIO 3445/22), 52 (KIO 3517/22), 53 (KIO 449/22), 54 (KIO 416/22), 55 (KIO 1504/22), 56 (KIO 1854/22), 57 (KIO 2960/22)
- nieproporcjonalność wykluczenia – 52 (KIO 3517/22)
- okres wykluczenia – 42 (KIO 2960/22), 63 (KIO 3180/22), 64 (KIO 3466/22, KIO 3477/22, KIO 3490/22)
- inne podstawy wykluczenia w zamówieniach sektorowych – 190 (KIO 2022/22)

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 114 (KIO 1029/22), 115 (KIO 2031/22), 116 (KIO 3105/22), 117 (KIO 3464/22)

Wyjaśnienia treści oferty – 99 (KIO 3306/22)

Wyjaśnienia treści SWZ - 89 (KIO 3397/22), 90 (KIO 3380/22)

Wykonawca – 2 (KIO 3/22)

Wynagrodzenie ryczałtowe - 135 (KIO 2486/22)

Z

Zakaz zawarcia umowy – 258 (KIO 2081/22), 259 (KIO/W 2/22), 260 (KIO/W 4/22), 261 (KIO/W 7/22), 262 (KIO/W 20/22), 263 (KIO/W 30/22), 264 (KIO/W 14/22), 265 (KIO/W 40/22)

Zamówienie z wolnej ręki:

- dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę – 92 (KIO 2493/22)
- in-house – 94- 95 i 97 (KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22), 96 (KIO 3483/22),
- wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego/natychmiastowe wykonanie zamówienia – 93 (KIO 2633/22),

Zamówienia zastrzeżone – 18 (KIO 1249/22)

Zarzuty odwołania - 217 (KIO 3381/22), 218 (KIO 3387/22)

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 7 (KIO 3316/22), 14 (KIO 2948/22)
- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – 84 (KIO 1584/22), 85 (KIO 2038/22)
- proporcjonalności – 52 (KIO 3517/22), 67 (KIO 1159/22), 70 (KIO 2153/22), 71 (KIO 2276/22), 72 (KIO 3382/22),
- przejrzystości – 73 (KIO 3481/22), 89 (KIO 3397/22), 123 (KIO 3377/22)

Zasoby podmiotu trzeciego – 76 (KIO 3337/22), 77 (KIO 3478/22), 78 (KIO 3473/22), 79 (KIO 510/22)

Zaświadczenie US - 125 (KIO 362/22)

Zaświadczenie ZUS – 46 (KIO 1238/22)

Zatrudnienie na umowę o pracę – 19 (KIO 3041/22)

Zawiadomienie o wszczęciu kolejnego postępowania – 185 (KIO 2633/22)

Związywanie zarzutami odwołania – 246 (KIO 288/22), 247 (KIO 488/22), 248 (KIO 3046/22), 249 (KIO 3090/22), 250 (KIO 3347/22)

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W TEZOWANYCH ORZECZENIACH

1. 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 395 z 30.12.1989 r., s. 33, ze zm.):
 - wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2948/22;
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, ze zm.):
 - wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1504/22,
 - wyrok z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2578/22,
 - wyrok z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2960/22,
 - wyrok z dnia 7 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3128/22,
 - wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3180/22,
 - wyrok z dnia 29 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3285/22,
 - wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3478/22;
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.):
 - postanowienie z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 30/22;
4. Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526):
 - postanowienie z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 30/22;
5. Rozporządzenie Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r., poz. 831):
 - wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3398/22;
6. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.):
 - wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 479/22,
 - wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3354/22;
7. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE seria L 2014 Nr 257, str. 73 – Rozporządzenie eIDAS):
 - wyrok z dnia 16 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 540/22,
 - wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3001/22;
8. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):
 - wyrok z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 413/22;
9. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020, poz. 2453):

- wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3212/22;
10. 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452):
- wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1238/22,
 - wyrok z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2527/22,
 - wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/22;
11. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 775):
- wyrok z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3473/22;
12. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.):
- wyrok z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 416/22,
 - wyrok z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2340/22,
 - wyrok z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2370/22,
 - wyrok z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2939/22,
 - wyrok z dnia 21 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2875/22,
 - wyrok z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3194/22;
 - wyrok z dnia 28 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3297/22,
 - wyrok z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3409/22,
 - wyrok z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3436/22, KIO 3445/22,
 - wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/22;
13. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2023 r., poz. 1550):
- postanowienie z dnia 6 września 2022 r., sygn. akt: KIO 1925/22,
 - postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3080/22,
 - postanowienie z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO/W 40/22;
14. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.):
- wyrok z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1267/22,
 - wyrok z dnia 24 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 2977/22,
 - wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3227/22,
 - wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3387/22;
15. Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423 z późn. zm.):
- wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1238/22
16. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682):
- wyrok z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3398/22;
17. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1469):
- wyrok z dnia 29 listopada 2022 r., sygn. akt: KIO 3006/22;
18. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2022 r., poz. 1375 ze zm.):
- postanowienie z dnia 6 września 2022 r., sygn. akt: KIO 1925/22;

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2023