

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 15

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 15

WARSZAWA, grudzień 2013

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 15

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwillk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Sylwester Kuchnio (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Rafał Zadrożny (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja:

Małgorzata Stręciwillk

Opracowanie techniczne:

Małgorzata Stręciwillk

Rafał Zadrożny

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 1275/W/C/2013

Warszawa 2013 r.

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	13
Wykaz skrótów	14
Art. 7 ust. 1	15
1. Sygn. akt: KIO 521/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	15
Art. 7 ust. 3	15
2. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	15
3. Sygn. akt: KIO 131/13, KIO 137/13, KIO 172/13, KIO 187/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.	15
4. Sygn. akt: KIO 182/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	16
Art. 8 ust. 3	16
5. Sygn. akt: KIO 80/13, KIO 81/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.	16
6. Sygn. akt: KIO 175/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	17
7. Sygn. akt: KIO 428/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.	17
Art. 9 ust. 1	18
8. Sygn. akt: KIO 633/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.	18
Art. 9 ust. 2	18
9. Sygn. akt: KIO 227/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	18
10. Sygn. akt: KIO 599/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.	18
Art. 12a	19
11. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.	19
Art. 14	19
12. Sygn. akt: KIO 335/13, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r.	19
Art. 22 ust. 1 pkt 2	19
13. Sygn. akt: KIO 80/13, KIO 81/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.	19
14. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	20
15. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.	20
Art. 22 ust. 1 pkt 3	21
16. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	21
17. Sygn. akt: KIO 313/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.	22
Art. 22 ust. 1 pkt 4	22
18. Sygn. akt: KIO 25/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	22

19. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	22
20. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	23
21. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r..	23
22. Sygn. akt: KIO 369/13, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r.	24
23. Sygn. akt: KIO 550/13, KIO 563/13, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2013 r..	24
Art. 22 ust. 4	25
24. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	25
25. Sygn. akt: KIO 286/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.	25
26. Sygn. akt: KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r..	26
Art. 23	26
27. Sygn. akt: KIO 2876/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	26
28. Sygn. akt: KIO 25/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	27
29. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r..	27
30. Sygn. akt: KIO 550/13, KIO 563/13, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2013 r..	28
Art. 24 ust. 1 pkt 4 i 8	28
31. Sygn. akt: KIO 2693/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r..	28
32. Sygn. akt: KIO 95/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.	29
33. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r..	30
Art. 24 ust. 1 pkt 7	30
34. Sygn. akt: KIO 2908/12, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	30
Art. 24 ust. 1 pkt 9	30
35. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	30
Art. 24 ust. 2 pkt 1	30
36. Sygn. akt: KIO 20/13, KIO 29/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	30
37. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r..	32
Art. 24 ust. 2 pkt 3	32
38. Sygn. akt: KIO 2817/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r..	32
39. Sygn. akt: KIO 35/13, KIO 62/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	32
40. Sygn. akt: KIO 64/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.	33
41. Sygn. akt: KIO 100/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r..	33
42. Sygn. akt: KIO 56/13, Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2013 r..	33
43. Sygn. akt: KIO 138/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	34
44. Sygn. akt: KIO 208/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	34
45. Sygn. akt: KIO 268/13, KIO 270/13, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2013 r..	34
46. Sygn. akt: KIO 527/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.	34

Art. 24 ust. 2 pkt 4	35
47. Sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.	35
48. Sygn. akt: KIO 2755/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.	35
49. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	36
Art. 25 ust. 1	36
50. Sygn. akt: KIO 226/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.	36
Art. 25 ust. 1 pkt 1	36
51. Sygn. akt: KIO 2706/12, KIO 2709/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.	36
52. Sygn. akt: KIO 2851/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	37
53. Sygn. akt: KIO 2909/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.	37
54. Sygn. akt: KIO 2934/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.	38
55. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	38
56. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	39
57. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.	39
58. Sygn. akt: KIO 442/13, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2013 r.	40
Art. 25 ust. 1 pkt 2	40
59. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	40
60. Sygn. akt: KIO 78/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.	40
61. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.	41
Art. 26 ust. 2a	41
62. Sygn. akt: KIO 2849/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.	41
63. Sygn. akt: KIO 2867/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	42
Art. 26 ust. 2b	42
64. Sygn. akt: KIO 2923/12, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.	42
65. Sygn. akt: KIO 2935/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	43
66. Sygn. akt: KIO 398/13, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r.	43
67. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.	44
Art. 26 ust. 3	45
68. Sygn. akt: KIO 2818/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	45
69. Sygn. akt: KIO 2861/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	45
70. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	46
71. Sygn. akt: KIO 47/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	47
72. Sygn. akt: KIO 202/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.	47
73. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	47
74. Sygn. akt: KIO 245/13, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2013 r.	47
75. Sygn. akt: KIO 262/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	48

76. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	48
77. Sygn. akt: KIO 342/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.	48
78. Sygn. akt: KIO 529/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	49
79. Sygn. akt: KIO 573/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	49
Art. 26 ust. 4	49
80. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	49
Art. 27 ust. 1	50
81. Sygn. akt: KIO 67/13, KIO 70/13, KIO 72/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.	50
Art. 29 ust. 1	50
82. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	50
83. Sygn. akt: KIO 185/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	51
84. Sygn. akt: KIO 212/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	51
Art. 29 ust. 2	51
85. Sygn. akt: KIO 2852/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r..	51
86. Sygn. akt: KIO 114/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r..	52
87. Sygn. akt: KIO 145/13, KIO 146/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	52
88. Sygn. akt: KIO 186/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	53
89. Sygn. akt: KIO 200/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	53
90. Sygn. akt: KIO 255/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.	53
91. Sygn. akt: KIO 302/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.	53
92. Sygn. akt: KIO 492/13, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2013 r.	54
Art. 29 ust. 3	54
93. Sygn. akt: KIO 516/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	54
Art. 36.	55
94. Sygn. akt: KIO 293/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.	55
95. Sygn. akt: KIO 489/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.	55
Art. 36 ust. 1 pkt 4	55
96. Sygn. akt: KIO 113/13, KIO 117/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r..	55
Art. 38 ust. 1	56
97. Sygn. akt: KIO 255/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.	56
Art. 38 ust. 4	56
98. Sygn. akt: KIO 56/13, Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2013 r..	56
Art. 42 ust. 1	56
99. Sygn. akt: KIO 199/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.	56

Art. 43	57
100. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.	57
Art. 45	57
101. Sygn. akt: KIO 2756/12, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r..	57
102. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	57
103. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	58
104. Sygn. akt: KIO 235/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.	58
105. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.	58
106. Sygn. akt: KIO 507/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.	59
Art. 46 ust. 4a	60
107. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r..	60
Art. 67 ust. 1 pkt 1b	60
108. Sygn. akt: KIO 2769/12, KIO 2774/12, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2013 r.	60
Art. 82 ust. 1	61
109. Sygn. akt: KIO 628/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	61
Art. 82 ust. 2	61
110. Sygn. akt: KIO 2902/12, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	61
Art. 82 ust. 3	62
111. Sygn. akt: KIO 2845/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	62
Art. 87 ust. 1	62
112. Sygn. akt: KIO 2772/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r..	62
113. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	63
114. Sygn. akt: KIO 43/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	63
115. Sygn. akt: KIO 76/13, KIO 77/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.	64
116. Sygn. akt: KIO 329/13, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2013 r.	65
Art. 87 ust. 2 pkt 3	65
117. Sygn. akt: KIO 2813/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r..	65
118. Sygn. akt: KIO 2791/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r..	65
119. Sygn. akt: KIO 2850/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	66
120. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	67
121. Sygn. akt: KIO 49/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.	67
122. Sygn. akt: KIO 13/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.	67
123. Sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r..	68
124. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	68
125. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	69

126. Sygn. akt: KIO 476/13, KIO 495, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013 r.	69
127. Sygn. akt: KIO 478/13, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013 r.	69
128. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.	70
129. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.	70
Art. 89 ust. 1 pkt 1	70
130. Sygn. akt: KIO 22/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	70
Art. 89 ust. 1 pkt 2	71
131. Sygn. akt: KIO 2753/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.	71
132. Sygn. akt: KIO 2799/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.	71
133. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	71
134. Sygn. akt: KIO 2916/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.	72
135. Sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	72
136. Sygn. akt: KIO 140/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.	73
137. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	73
138. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	73
139. Sygn. akt: KIO 227/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	74
140. Sygn. akt: KIO 242/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	74
141. Sygn. akt: KIO 310/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.	74
142. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.	75
143. Sygn. akt: KIO 413/13, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2013 r.	75
144. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.	76
145. Sygn. akt: KIO 572/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.	76
146. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.	76
Art. 89 ust. 1 pkt 3	76
147. Sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.	76
148. Sygn. akt: KIO 2865/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.	77
149. Sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.	78
150. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	79
151. Sygn. akt: KIO 517/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.	80
152. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.	80
Art. 89 ust. 1 pkt 4	81
153. Sygn. akt: KIO 2783/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.	81
154. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	81
155. Sygn. akt: KIO 239/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.	81
156. Sygn. akt: KIO 238/13, KIO 251/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.	82
157. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	82

Art. 89 ust. 1 pkt 6	82
158. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	82
159. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	83
Art. 89 ust. 1 pkt 8	83
160. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	83
161. Sygn. akt: KIO 258/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	83
162. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.	83
Art. 90 ust. 1	84
163. Sygn. akt: KIO 2783/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.	84
164. Sygn. akt: KIO 2841/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	85
165. Sygn. akt: KIO 7/13, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.	85
166. Sygn. akt: KIO 127/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.	86
167. Sygn. akt: KIO 101/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.	86
168. Sygn. akt: KIO 99/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.	86
169. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	87
170. Sygn. akt: KIO 399/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.	87
Art. 90 ust. 2	88
171. Sygn. akt: KIO 7/13, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.	88
172. Sygn. akt: KIO 340/13, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r.	88
173. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.	89
174. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	89
175. Sygn. akt: KIO 593/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	90
176. Sygn. akt: KIO 127/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.	90
Art. 90 ust. 3	90
177. Sygn. akt: KIO 2835/12, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.	90
178. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.	91
179. Sygn. akt: KIO 458/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.	92
Art. 91 ust. 1	93
180. Sygn. akt: KIO 43/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	93
Art. 91 ust. 2	93
181. Sygn. akt: KIO 185/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	93
182. Sygn. akt: KIO 418/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.	93
Art. 92 ust. 1	94
183. Sygn. akt: KIO 120/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.	94
184. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	95
185. Sygn. akt: KIO 192/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	95
186. Sygn. akt: KIO 593/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	95

Art. 93 ust. 1 pkt 4	96
187. Sygn. akt: KIO 2851/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	96
188. Sygn. akt: KIO 2926/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.	97
189. Sygn. akt: KIO 241/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.	97
Art. 93 ust. 1 pkt 6	98
190. Sygn. akt: KIO 304/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	98
Art. 93 ust. 1 pkt 7	98
191. Sygn. akt: KIO 2899/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	98
192. Sygn. akt: KIO 224/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	98
Art. 94 ust. 3	99
193. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	99
Art. 138c ust. 1 pkt 4	100
194. Sygn. akt: KIO 63/13, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2013 r.	100
Art. 139 ust. 1	100
195. Sygn. akt: KIO 110/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.	100
196. Sygn. akt: KIO 448/13, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2013 r.	101
197. Sygn. akt: KIO 493/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	102
Art. 150 ust. 2	102
198. Sygn. akt: KIO 110/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.	102
Art. 179 ust. 1	103
199. Sygn. akt: KIO 2819/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.	103
200. Sygn. akt: KIO 2721/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	103
201. Sygn. akt: KIO 2889/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	103
202. Sygn. akt: KIO 2887/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	104
203. Sygn. akt: KIO 2865/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.	104
204. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	104
205. Sygn. akt: KIO 2822/12, 2864/12, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.	105
206. Sygn. akt: KIO 186/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.	105
207. Sygn. akt: KIO 462/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	105
208. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.	105
Art. 180 ust. 1	106
209. Sygn. akt: KIO 2884/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.	106
210. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	106
Art. 180 ust. 3	107
211. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.	107

212. Sygn. akt: KIO 492/13, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2013 r.	107
213. Sygn. akt: KIO 493/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.	107
214. Sygn. akt: KIO 542/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.	107
Art. 180 ust. 5	108
215. Sygn. akt: KIO 2811/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r..	108
216. Sygn. akt: KIO 2895/12, Postanowienie KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	108
217. Sygn. akt: KIO 2830/12, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	109
Art. 185 ust. 2–3	109
218. Sygn. akt: KIO 2839/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	109
219. Sygn. akt: KIO 223/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	109
220. Sygn. akt: KIO 213/13, KIO 216/13, Postanowienie KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	110
221. Sygn. akt: KIO 237/13, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r.	110
222. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.	110
Art. 186 ust. 2–3	111
223. Sygn. akt: KIO 2858/12, Postanowienie KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.	111
224. Sygn. akt: KIO 2804/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.	111
225. Sygn. akt: KIO 2899/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	112
226. Sygn. akt: KIO 2883/12, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	112
227. Sygn. akt: KIO 161/13, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2013 r.	113
Art. 189 ust. 2 pkt 1	113
228. Sygn. akt: KIO 94/13, Postanowienie KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.	113
229. Sygn. akt: KIO 280/13, Postanowienie KIO z dnia 15 lutego 2013 r.	113
Art. 189 ust. 2 pkt 3	114
230. Sygn. akt: KIO 2788/12, Postanowienie KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.	114
231. Sygn. akt: KIO 2832/12, Postanowienie KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.	114
232. Sygn. akt: KIO 2874/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.	115
233. Sygn. akt: KIO 223/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	115
234. Sygn. akt: KIO 236/13, Postanowienie KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	115
235. Sygn. akt: KIO 510/13, Postanowienie KIO z dnia 13 marca 2013 r.	116
Art. 189 ust. 2 pkt 5	117
236. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.	117
Art. 189 ust. 2 pkt 6	117
237. Sygn. akt: KIO 2824/12, Postanowienie KIO z dnia 9 stycznia 2013 r..	117
238. Sygn. akt: KIO 97/13, Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	117
239. Sygn. akt: KIO 160/13, Postanowienie KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	117
240. Sygn. akt: KIO 383/13, Postanowienie KIO z dnia 27 lutego 2013 r.	118

Art. 189 ust. 2 pkt 7	118
241. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	118
Art. 190 ust. 1	118
242. Sygn. akt: KIO 2755/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.	118
243. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	119
244. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	119
245. Sygn. akt: KIO 179/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	119
246. Sygn. akt: KIO 180/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	120
247. Sygn. akt: KIO 262/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	120
248. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.	120
249. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r..	120
Art. 190 ust. 7	120
250. Sygn. akt: KIO 2890/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	120
Art. 192 ust. 2.	121
251. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.	121
252. Sygn. akt: KIO 134/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.	121
253. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.	121
254. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.	121
255. Sygn. akt: KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.	122
256. Sygn. akt: KIO 467/13, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 r.	122
Art. 192 ust. 3	123
257. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.	123
Art. 192 ust. 7	124
258. Sygn. akt: KIO 2818/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	124
259. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	124
260. Sygn. akt: KIO 135/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.	124
Art. 192 ust. 9 i 10	125
261. Sygn. akt: KIO 2880/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	125
262. Sygn. akt: KIO 12/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.	126
Indeks rzeczowy	127
Akty prawne przywołane w wyrokach	131

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Na koniec 2013 roku Zespołowi Redakcyjnemu Zeszytów Orzeczniczych udało się opracować, oprócz Zeszytu nr 14, także Zeszyt nr 15, który obejmuje analizę orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wydanych na początku tego roku. Z okresu trzech miesięcy 2013 r. (styczeń – marzec), kiedy Izba wydała około 750 orzeczeń, Zespół Redakcyjny dokonał wyboru 262 tez orzeczniczych.

W treści Zeszytu uwadze Państwa polecam kilka tez orzeczniczych odnoszących się do wykorzystywania potencjału podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), indywidualne przypadki związane z uzupełnianiem dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również pojawiające się coraz częściej w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej przypadki stwierdzania przez Izbę czynów nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym szczególnego przypadku tego czynu, zмовы przetargowej.

Mam nadzieję, że również ten Zeszyt będzie cieszył się Państwa zainteresowaniem i stanowił istotne źródło informacji o orzecznictwie Izby, jak też będzie pomocnym narzędzie w praktyce prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i ubieganiu się o nie.

Małgorzata Stręciwilk



Redaktor Zeszytów
Członek KIO

Warszawa, 22 grudnia 2013 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Urzędowy
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki kontraktowe na roboty budowlane)
HRF	– Harmonogram Rzeczowo-Finansowy
KC, Kc, kc lub k.c.	– Kodeks Cywilny
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KRUS	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
NKW	– Nowa Księga Wieczysta
nr	– numer
Ustawa Pzp lub PZP	– ustawa Prawo zamówień publicznych
PKD	– Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SIWZ lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
t.j.	– tekst jednolity
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
ust.	– ustęp
u.z.n.k., ZNKU lub UZNK	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 7 ust. 1**1. Sygn. akt: KIO 521/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.**

Izba wskazuje, że zasady udzielania zamówień publicznych - zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podporządkowane są przede wszystkim celom ustawy Pzp, mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te w sposób ustawowy niejako ograniczają się wzajemnie, tj. z jednej strony zamawiający tak winien ukształtować zapisy warunków udziału w postępowaniu, oraz opis przedmiotu zamówienia, aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać dostępu do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej jednak strony winien kierować się zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych. Sprawia to, iż zamawiający, aby nie wpaść w pułapkę możliwego udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu do należytej realizacji zamówienia musi tak rozeznaczyć rynek potencjalnych wykonawców aby „dedykować” zamówienie podmiotom w pełni profesjonalnym w rozumieniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień pod względem celu, zakresu i wielkości.

Art. 7 ust. 3**2. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.**

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

**3. Sygn. akt: KIO 131/13, KIO 137/13, KIO 172/13, KIO 187/13,
Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.**

Izba stoi także na stanowisku, że Zamawiający ma możliwość naprawienia błędu. Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokony-

wania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia ważnej umowy). Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu. Dlatego Izba nie uznała także za uzasadnione stwierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył zasady określone w ustawie Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie badania i oceny ofert.

4. Sygn. akt: KIO 182/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.

Powyższe nie podważa jednak możliwości unieważnienia przez Zamawiającego określonej, dokonanej przez siebie czynności w postępowaniu jako takiej. Brak możliwości samoweryfikacji prawidłowości dokonania swoich czynności w postępowaniu przez zamawiającego świadczyłby o nakazie dla zamawiającego określonego, nieprawidłowego działania w postępowaniu i ewentualnego zawarcie nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób świadomy i wręcz celowy, w sytuacji gdyby w takim postępowaniu wykonawcy z jakiś powodów nie chcieli korzystać ze środków ochrony prawnej. Zdaniem Izby takiemu zachowaniu przeczą przepisy ustawy Pzp. Jako podstawę prawną do samoweryfikacji nieprawidłowo dokonanych w postępowaniu przez zamawiającego czynności może stanowić art. 84 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (brak naprawienia określonych błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego do momentu udzielenia przez niego zamówienia publicznego, prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu).

Art. 8 ust. 3

5. Sygn. akt: KIO 80/13, KIO 81/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całość doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Izba – w niniejszym postępowaniu – wzięła pod rozwagę wyjaśnienia wykonawcy (...), że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter dokumentacji technicznej i technologicznej, która posiada wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zawierają one szczegółowe dane dotyczące konstrukcji pojazdu, jego funkcjonalności, zastosowanych rozwiązań technicznych, wykorzystanych podzespołów oraz ich konfiguracji. Zastrzeżone informacje są wynikiem wielu lat pracy wykonawcy nad doskonaleniem oferowanych produktów i jako całość stanowią

jego własność. Wartość gospodarczą dla wykonawcy ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie ofertowane konkretnemu zamawiającemu. O wartości gospodarczej zastrzeżonych danych bez wątplenia przesądza także wysoki koszt projektowania pojazdów, prowadzenia odpowiednich testów czy uzyskiwania wymaganych pozwoleń. Ponadto każdy z pojazdów oferowanych przez wykonawcę w przetargach jest nieco inny, zatem nie oferuje się identycznych pojazdów różnym zamawiającym. Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich i nie tylko. Takie doświadczenie stanowiące zasoby wiedzy i *know-how* są istotnym składnikiem przedsiębiorstwa (...), a co za tym idzie zasługuje na ochronę.

6. Sygn. akt: KIO 175/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how*, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

7. Sygn. akt: KIO 428/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.

(...) informacje zawarte w załączonych do oferty konsorcjum (...) wykazach, tj. „Wykazie sprzętu do realizacji usługi” (str. 56 oferty) oraz „Wykazie środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne” (str. 57 oferty) nie stanowią informacji technicznych, technologicznych i organizacyjnych przedsiębiorstwa oraz nie posiadają wartości gospodarczej. Zarówno bowiem wykaz sprzętu do realizacji przedmiotowego zamówienia (sprzętu niewątpliwie typowego i powszechnie dostępnego), jak i wykaz środków czystości powszechnie dostępnych na rynku, a więc środków o znanych nazwach, składzie oraz sposobie działania nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa mającej dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Dane te nie zawierają bowiem żadnych informacji, które za takowe mogłyby być uznane. Wykazy te stanowią jedynie zestawienie ilości i rodzaju typowego sprzętu i ogólnie dostępnych na rynku środków czystości niezbędnych do realizacji przedmiotu tego zamówienia. A ponadto są one sporządzone przez wykonawców ściśle według wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ. Nie mają więc indywidualnego charakteru, a tym samym nie mogą stanowić *know – how* konsorcjum (...). Tak więc fakt, że konkurujący wykonawca, będzie mógł skontrolować, czy wyspecyfikowany w wykazie sprzęt i środki czystości spełniają wymogi zamawiającego, a tym samym zapewniają prawidłową realizację zamówienia, nie uzasadnia zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem jawność postępowania. Dlatego też wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Samo złożenie wyjaśnień nie może być więc podstawą do jej ograniczenia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, mimo iż postąpił w sposób prawidłowy, wzywając konsorcjum (...) do wyjaśnienia wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa to jednak ocenił je w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie może bowiem bezkrytycznie akceptować złożonych wyjaśnień, zwłaszcza tak ogólnych, jak miało to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, iż można by je przypisać do każdego wezwania. Złożone wyjaśnienia szczegółowo powinny się odnosić do treści zastrzeżonych informacji, a więc wyspecyfikowanego sprzętu i środków czystości. Zasada jawności jest bowiem podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być ściśle interpretowane. Tym samym Izba uznała, iż wykazy („Wykaz sprzętu do realizacji usługi” oraz „Wykaz

środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne”) nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 9 ust. 1

8. Sygn. akt: KIO 633/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.

Co do pisma potwierdzającego należyte wykonanie tego systemu, przystępujący i zamawiający wskazali, iż oryginalnie zostało ono sporządzone w postaci elektronicznej z elektronicznym podpisem – potwierdza to też adnotacja na tym piśmie.

Ze względu na to, że sama oferta, zgodnie z wymaganiami zamawiającego miała być sporządzona w wersji „papierowej”, a nie elektronicznej, oczywiste jest, iż wraz z ofertą można było przedstawić jedynie wydruk owego pisma, który ze swojej istoty nie będzie ani oryginałem, ani nie będzie w sobie zawierał podpisu czy to w formie tradycyjnej, czy też elektronicznej. W takim wypadku należy więc z konieczności uznać za dopuszczalne posłużenie się takim wydrukiem bez podpisu, a w razie wątpliwości co do autentyczności takiego dokumentu, zamawiający może zażądać przedstawienia oryginału dokumentu (§ 6 ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) [aktualnie § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U, poz. 231) – przyp. red.].

Art. 9 ust. 2

9. Sygn. akt: KIO 227/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

Zasady ochrony języka polskiego i używania go w działalności publicznej oraz w obrocie prawnym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej regulują przepisy ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. z 1999 r., Nr 90, poz. 999 z późn. zm.) (...) Tak więc nazwy części zawarte w kolumnie 2 „Cennika nowych części zamiennych, podzespołów i zespołów do kombajnów ścianowych produkowanych przez (...) Sp. z o.o. wraz ze stawką roboczogodziny na usługi serwisowe”, zwanego dalej „cennikiem”, można uznać za zwyczajowo stosowaną terminologię naukową i techniczną, o której mowa w art. 11 pkt 5 ustawy o języku polskim i której na mocy tego przepisu nie dotyczy nakaz tłumaczenia terminów, których ponadto tłumaczenie jest zbędne i może wprowadzać niejednoznaczność terminologiczną. To bowiem numer pozycji cennika, a przede wszystkim nr rysunku wg DTR (kolumna trzecia cennika) wskazuje właściwą część, a tym samym ją identyfikuje. Nazwy nadane poszczególным częściom mają więc charakter jedynie subsydiarny.

10. Sygn. akt: KIO 599/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.

W drugiej kolejności Odwołujący w szczególności w toku rozprawy wywodził, że załączony przez niego do oferty Certyfikat Zgodności w wersji anglojęzycznej mógł być z łatwością odczytany przez Odwołującego i zweryfikowany co do potwierdzenia zgodności z dyrektywą UE 1999/5/EC, której oznaczenie we wskazanej wersji językowej zostało przywołane w treści tego dokumentu. Izba nie mogła zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Przyjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej do oceny merytorycznej oferty, dokumentu złożonego w całości w języku obcym (innym niż język polski) prowadziło by do naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim. Zasada ta zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy Pzp może doznać konkretnego ograniczenia,

tj. możliwości złożenie dokumentów w postępowaniu w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, jedynie wówczas, gdy zamawiający w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyrazi na to zgodę, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ, czy treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takiego ograniczenia stosowania ustawowej zasady języka polskiego nie wprowadził w odniesieniu do wymogu opisanego w pkt 9 C ppkt 5 SIWZ.

Art. 12a

11. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.

(...) skoro termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezskutecznie upłynął w dniu 10 stycznia 2013 r. niemożliwym jest jego przywrócenie, czy też wydłużenie. *De facto* bowiem mielibyśmy w takiej sytuacji do czynienia z ustaleniem nowego terminu składania ofert – czego zresztą Odwołujący w odwołaniu domagał się – którego bieg powinien się rozpocząć od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Niedopuszczalne jest – zdaniem Izby – rozpoczęcie biegu tego terminu od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu na zasadzie analogii. Takie działanie prowadziło – zdaniem Izby – do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zasady uczciwej konkurencji. Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem przede wszystkim śledzą informacje o treści ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w oficjalnym publikatorze, a w drugiej kolejności powiązane z treścią tych ogłoszeń ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli więc treść ogłoszenia o zamówieniu wskazuje na upływ terminu składania ofert ogłoszenie takie dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia staje się ogłoszeniem archiwalnym, w oparciu o które nie może on już ubiegać się o uzyskanie danego zamówienia. Wyznaczenie nowego terminu składania ofert, a nie przedłużenie terminu składania ofert, o czym mowa w art. 12a ustawy Pzp, w ramach ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzałoby w błąd wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, stawiając jednocześnie w uprzywilejowanej pozycji Odwołującego, który takiego sposobu zachowania domaga się od Zamawiającego.

Art. 14

12. Sygn. akt: KIO 335/13, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r.

Czynność prawna w postaci udzielenia pełnomocnictwa głównego nie może być dokonana później niż udzielenie pełnomocnictwa dalszego. Podstawą pełnomocnictwa dalszego jest bowiem pełnomocnictwo główne, a zatem chronologia dokonanych czynności winna być następująca: w pierwszej kolejności udziela się pełnomocnictwa głównego, a dopiero potem pełnomocnictwa dalszego.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

13. Sygn. akt: KIO 80/13, KIO 81/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.

Po pierwsze Izba wskazuje, że w opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zawęzać doświadczenia dotyczącego dostaw o charakterze podobnym do tożsamego przedmiotu zamówienia – jak w prowadzonym postępowaniu, tak w odniesieniu do jego przedmiotu, wartości czy zakresu. Zdaniem Izby, nie musi zachodzić

pełna tożsamość, tak jak – *de facto* chciał tego Zamawiający. Dla uznania, że Zamawiający wymaga wykazania się dostawami tożsamymi, wystarczające jest podanie kilku, a nawet jednej cechy, która zamyka wykonawcy, zdolnemu wykonać należycie zamówienie, ubieganie się o możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Interpretacja Zamawiającego – przyjęta w niniejszym postępowaniu - prowadzi w rzeczywistości do tego, że Zamawiający żąda *de facto* wykazania się dostawami identycznymi jak przedmiot zamówienia. Zastosowanie się do wymagań Zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, że wykonawca musiałby wykazać się świadczeniem tych samych dostaw, które będą przedmiotem niniejszego zamówienia. Wykonawca musiałby już świadczyć dokładnie takie dostawy. Interpretacja w/w warunku udziału w postępowaniu przyjęta przez Zamawiającego należy uznać jako zbyt kazuistyczną i odnoszącą się zbyt ściśle do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odnosi – wskazane przez wykonawcę dostawy jako identyczne do świadczonego w przyszłości przedmiotu zamówienia. Tym bardziej interpretacja przyjęta przez Zamawiającego jest niewłaściwa, gdyż *de facto* na podstawie złożonych dokumentów – wykazu dostaw oraz załączonych referencji – jest ona nieweryfikowalna. Ograniczenie dostępu do postępowania przez dokonanie oceny spełniania warunku w sposób wskazany przez Zamawiającego, narusza interesy wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu, gdyż mimo, że mają doświadczenie i posiadają odpowiednią wiedzę, przy tak ustalonej interpretacji warunku ustalonym przez Zamawiającego, pozbawia się wykonawców szansy na złożenie konkurencyjnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

**14. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13,
Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.**

Na marginesie, Izba dodaje, że jeśli nawet uznać, czego jednakże nie potwierdza przedmiotowy stan faktyczny, że wystawcą był Generalny Wykonawca wykazanej roboty, w żadnym wypadku taki stan rzeczy nie dyskwalifikuje przedmiotowej referencji. W tym zakresie, Izba podziela stanowisko, że doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 676/09). (...) Odnosnie kwestii braku w referencji formuły: „zaprojektuj i wybuduj”, Izba podzieliła stanowisko (...) S.A. odnośnie braku konieczności zawierania takiej informacji w dokumencie referencyjnym. Stosowne oświadczenie w tym zakresie znajduje się w poz. 2 wykazu i jest wystarczające. (...)

15. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.

Wykonawca (...) złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

- 1) odbiór odpadów komunalnych zmieszanych z terenu gminy S. w latach 2009–2011,
- 2) odbiór odpadów komunalnych zmieszanych z terenu gminy i miasta N. S. w latach 2009–2011.

Wymienił, że przychody z ww. działalności kształtowały się na poziomie: w roku 2009 – 1.083.199,36 zł brutto, w roku 2010 – 1.150.681,63 zł brutto, w roku 2011 – 1.203.573,18 brutto, co daje łącznie 3.437.454,17 zł brutto. Do wykazu załączono referencje Urzędu Miasta i Gminy N. S. z 31.01.2013 r., w których wystawca oświadczył, że zgodnie z posiadaną wiedzą wykonawca (...) obsługując mieszkańców gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych wykonywało tę usługę w sposób terminowy i z należytą starannością. Załączono referencje Urzędu Gminy S. z 31.01.2013 r., w których wystawca oświadczył, że zgodnie z posiadaną wiedzą wykonawca (...), obsługując mieszkańców gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych wykonywało tę usługę w sposób terminowy i z należytą starannością. Referencje zostały podpisane przez wójta gminy, nie zostały opatrzone pieczęcią urzędu gminy.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż rzeczywiście w wykazie usług wykonawca określając daty graniczne wykonywania obu usług, nie wskazał miesięcy rozpoczęcia i zakończenia wykonywania usług, poprzestając jedynie na datach rocznych (w przypadku obu usług: rozpoczęcie 2009 r., zakończenie 2011 r.). Jednakże powyższe uchybienie nie uniemożliwiło zamawiającemu oceny, czy wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W świetle warunku udziału w postępowaniu wskazanie dat granicznych wykonania usługi (miesiąca i roku) miało służyć jedynie ustaleniu czy usługa była lub jest wykonywana w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. W świetle art. 40 ust. 1 ustawy Pzp dniem wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego, co nastąpiło w dniu 21 grudnia 2012 r. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Izby istotną dla oceny czy usługa była (jest) wykonywana w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania jest podana przez wykonawcę data zakończenia wykonywania usługi. Zatem wykazywane przez wykonawców usługi powinny być zatem wykonywane lub wykonane nie wcześniej niż 21 grudnia 2009 r. Natomiast wykonawca (...) wskazał, jako daty graniczne zakończenia świadczenia obu usług rok 2011. W tej sytuacji zaniechanie podania dodatkowo miesiąca zakończenia usługi nie ma znaczenia z punktu widzenia wykazania warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie od miesiąca zakończenia wykonania usług, mieszczą się w wymaganym przez zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania.(...) W dalszej kolejności stwierdzono, że referencji wystawionych przez gminę S. nie dyskwalifikował brak pieczęci urzędu gminy S. Pomimo braku pieczęci urzędu gminy nie ulegało wątpliwości, że wójt nie składał oświadczenia w imieniu własnym, lecz w imieniu gminy. Powyższe wynikało jednoznacznie z treści z samego dokumentu, w którym wskazano, że oświadczenie składa „urząd gminy S.”

Art. 22 ust. 1 pkt 3

16. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Wykonawca (...) złożył w treści oferty oświadczenie, iż przedmiot zamówienia dla zadania nr 19 zrealizuje on własnymi siłami, a co niewątpliwie oznacza, iż nastąpi to bez udziału podwykonawców. Wykonawca ten oświadczył bowiem, iż podwykonawcy powierzy wykonanie prac jedynie w ramach zadania nr 08 Leśnictwo (...) w zakresie zrywki, a nie zadania nr 19. Tym samym zarzut jakoby z treści oferty wykonawcy (...) wynikało, iż zadanie nr 19 będzie realizował przy udziale podwykonawców jest chybiony. Potwierdzenia powyższego, a więc faktu wykonywania zamówienia przy udziale podwykonawców, nie może stanowić „Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”, gdyż dokument ten składany jest, i w tym konkretnym przypadku również był, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykaz ten mógł więc zawierać zarówno osoby, którymi wykonawca już dysponuje, ale i osoby, którymi będzie dysponował w przyszłości. Osobami tymi mogą być zarówno pracownicy wykonawcy, osoby z nim związane inną umową, ale i osoby, z którymi nie łączy go w chwili składania ofert żaden stosunek prawny, a dysponuje nimi na podstawie jednostronnego oświadczenia, przy czym zamawiający nie jest, a tym samym i nie był uprawniony do badania podstaw dysponowania przez wykonawcę taką osobą, gdyż „nie jest rzeczą zamawiającego badanie, na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne wykonujące faktycznie pracę. Równie dobrze mogą to być osoby, które prowadzą działalność gospodarczą i świadczyć będą w tym charakterze usługę na rzecz wykonawcy. Istotnym jest tylko aby wykonawca posiadał (nie zatrudniał) osoby uprawnione do wykonania zamówienia” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2005 r., sygn. akt IV Ca 392/05). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

17. Sygn. akt: KIO 313/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.

W zakresie zarzutu sformułowania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Skoro zamawiający oczekiwał wykazania się dysponowaniem dwoma osobami, które będą pełniły funkcję kierowników robót hydrotechnicznych to za nadmierne należało uznać wymaganie, iż osoby takie muszą posiadać doświadczenie na stanowisku kierownika budowy nad robotami hydrotechnicznymi, podczas gdy za wystarczające należało uznać wykazanie się, co najmniej doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierowników robót hydrotechnicznych.

Art. 22 ust. 1 pkt 4**18. Sygn. akt: KIO 25/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.**

Okoliczność, że jedenaście polis załączonych do oferty Przystępującego było opłaconych zasadniczo nie była sporna; Odwołujący twierdził jednak, że nie jest to wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem wykonawcą w postępowaniu jest „konsorcjum” a zatem winno ono w całości (wszyscy partnerzy konsorcjum) potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla każdej części. Z takim poglądem nie można się zgodzić – Zamawiający postawił warunek odnoszący się do polisy (potencjału finansowego) osobno dla każdej części, nie ma żadnych powodów, aby wymagać, aby każdy z konsorcjantów spełniał warunek dla każdej części – wystarczy, jak spełni go jeden z nich. Dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie miało znaczenia, czy polisy zostały opisane w ofercie przez Przystępującego w sposób umożliwiający przypisanie do określonej części – wystarczyło, że zostanie ustalone, że złożono jedenaście opłaconych polis, ponieważ zgodnie z pkt 7.5 SIWZ zastrzeżono jedynie, że „Wykonawca nie może wskazać tych samych (...) kwot ubezpieczeń dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w więcej niż w jednym pakiecie”. Zamawiający mógł dowolnie przypisać polisę spełniającą warunek udziału w postępowaniu do danej części postępowania; skoro do oferty załączono jedenaście polis spełniających wymogi SIWZ dla jedenastu osób (każdej z nich osobno) – uczestników konsorcjum, to Przystępujący wykazał spełnienie warunku co do potencjału finansowego w jedenastu częściach.

19. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej tego wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem po pierwsze – zdolność bycia ubezpieczonym, a po drugie – zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. Ubezpieczyciel dokonując oceny danego podmiotu co do możliwości jego ubezpieczenia podejmuje, czynności mające na celu określenie ryzyka jakie ponosi ubezpieczający, ubezpieczając dany podmiot, co między innymi stanowi o wysokości składki (składek) w zależności od sumy ubezpieczenia. Określona wysokość składki ubezpieczeniowej uzależniona jest zatem od czynników mających znaczenie dla ubezpieczyciela; nie jest podstawą jej ustalenia możliwość opłacania polisy (ponoszenia realnych kosztów ubezpieczenia) przez samego zainteresowanego chcącego ją pozyskać. Na kanwie zamówień publicznych ten sam dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie

prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia) potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie dokonuje się oceny zdolności uzyskania danego ubezpieczenia lecz podlega ocenie zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia, tj. faktycznego poniesienia kwoty za jaką wykonawca owe ubezpieczenie o odpowiedniej sumie ubezpieczenia zakupił. Dla oceny spełnienia warunku posiadania określonej zdolności ekonomicznej i finansowej przez posiadanie ubezpieczenia OC nie bez znaczenia pozostaje fakt opłacania ubezpieczenia, co zostało jednoznacznie wyartykułowane w rozporządzeniu [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] – § 1 pkt 1 ppkt 10. Ubezpieczenie może być opłacone jednorazowo lub w kilku, wcześniej ustalonych składkach (ratach), co powoduje, że istnieje swoista pewność opłacenia ubezpieczenia w oparciu o zawartą umowę; taki stan rzeczy potwierdzony został szeroko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, zarzut Odwołującego, co do konieczności żądania przedstawienia przez uczestnika postępowania w pełni opłaconej polisy OC (wszystkie składki) nie może zostać uwzględniony. Jednocześnie Izba uznała zarzut w części dotyczącej, konieczności uzupełnienia dokumentów potwierdzających opłacenie polisy w zakresie składek, jakie w dniu składania ofert miały być już opłacone zgodnie z postanowieniami w punkcie 10 Warunki płatności Polisy nr (...).

20. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

(...) dokument ubezpieczenia służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie stanowi dowodu ubezpieczenia danego przedmiotu zamówienia. Tym samym nie jest uprawnione utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, albowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim w całej rozciągłości.

21. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

Dostrzec trzeba, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile dotyczy stanu faktycznego – czyli sytuacji finansowej, dysponowania osobami lub sprzętem, a nawet wykazania doświadczenia – co do zasady następuje na podstawie danych historycznych. Ustawodawca w celu umożliwienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tworzy *sui generis* fikcję prawną – uznaje, że stan rzeczy wynikający ze złożonych dokumentów, sporządzonych przed złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, jest aktualny na dzień składania wniosków lub ofert i potwierdza przyszłą zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Potencjał rozwojowy wykonawcy, prognozowany rozwój jego przedsiębiorstwa, stan ekonomiczny lub finansowy możliwy do uzyskania w przyszłości z mocy przepisów są prawnie obojętne, pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskaźnik bieżącej płynności finansowej ustalany na podstawie sprawozdania finansowego – dokumentu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] stanowi iloraz aktywów bieżących (obrotowych), na które składają się zapasy, należności, środki pieniężne i inne wartości o łatwiejszym dostępie oraz pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych). Wskaźnik płynności bieżącej to zdolność firmy do regulacji bieżących zobowiązań za pomocą krótkoterminowych aktywów. Wskaźnik ten jest zatem istotny dla oceny zdolności ekono-

micznej i finansowej wykonawcy, zwłaszcza wobec wagi i znaczenia przedmiotu zamówienia i sygnalizowanej przez zamawiającego na rozprawie możliwości zapłaty w okresach rocznych. (...) Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co wadliwości wymagania wskaźnika bieżącej płynności finansowej od wykonawcy, który wykazuje przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w największej części.

22. Sygn. akt: KIO 369/13, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który stwierdził, że potencjał wykonawcy musi być realny, że złożone dokumenty powinny potwierdzać, iż posiadane środki finansowe lub zdolność kredytowa o wartości nie mniejszej niż 30 000 000 PLN mogą być skierowane do realizacji danego przetargu. Izba zważyła, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane *[aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]*, na potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Twierdzeniom odwołującego przeczy już samo znaczenie pojęcia zdolności kredytowej przytoczone przez odwołującego w odwołaniu, wskazujące na zdolność kredytową jako stan abstrakcyjny, nie dający się zobiektywizować, zależny od oceny banku, który posiada w tym zakresie pełną swobodę. Zdolność kredytowa nie jest zatem gwarancją, przyrzeczeniem ze strony banku przyznania wykonawcy środków w określonej kwocie. Z dopuszczenia w ww. przepisie rozporządzenia złożenia informacji banku o zdolności kredytowej wykonawcy należy wywodzić, iż badaniu przez zamawiającego podlega potencjał wykonawcy do uzyskania oznaczonej kwoty, nie zaś posiadanie konkretnych środków na realizację danego przedsięwzięcia. Zasadności stanowiska odwołującego przeczy również termin, w jakim taka informacja może być wydana, tj. 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, który w przedmiotowym postępowaniu był wyznaczony na dzień 11 stycznia 2013 r. godz. 12. Warto również zauważyć, iż z przepisów ustawy Pzp, jak też ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w żaden sposób nie wynika wymóg, aby składana przez wykonawcę informacja potwierdzała, że środki, których informacja dotyczy, będą dedykowane dla danego zamówienia czy też faktycznie udostępnione wykonawcy np. w momencie przystąpienia do realizacji zamówienia. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do sytuacji i kondycji wykonawcy we wskazanym czasookresie, a ich spełnienie można wykazać jedynie w oparciu o pewne dane historyczne, zatem ocena spełnienia warunków dokonywana przez zamawiającego tego okresu musi dotyczyć. Przyjęcie przeciwnego stanowiska nie znajduje oparcia w przepisach prawa, jak również pozbawione jest racjonalnego uzasadnienia, należy bowiem wziąć pod uwagę, że sytuacja przedsiębiorcy ulega ciągłym zmianom, brak zatem podstaw do wymagania od wykonawcy, aby niezależnie od czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też braku możliwości przewidzenia jego ostatecznego wyniku, gwarantował określoną niezmienną w przedmiocie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Istotne jest zatem jedynie stwierdzenie, że dotychczasowa działalność i obecny potencjał wykonawcy dają podstawy do przyjęcia, że wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie.

23. Sygn. akt: KIO 550/13, KIO 563/13, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2013 r.

Wykonawca wykazuje spełnianie wymagań zamawiającego na dzień nie późniejszy, niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert (art. 26

ust. 2a Pzp), zatem wymaganie zamawiającego posiadania ubezpieczenia na czas realizacji kontraktu lub ubezpieczenia kontraktu może stanowić dopiero jedno z wymagań umownych. Kontynuując tę myśl Izba wskazuje, że w obecnym stanie prawnym wymaganie posiadania ubezpieczenia może, ale nie musi, mieć znaczenie dla etapu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uzależnione jest to od postanowień umowy i pozostaje w sferze uznania zamawiającego, który może warunek posiadania ubezpieczenia powiązać z wysokością ubezpieczenia wymaganego przez niego w okresie wykonania umowy zgodnie z przewidywanymi postanowieniami umownymi. W konsekwencji wymaganie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej należące do zakresu objętego art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp zasadniczo wskazuje na możliwość poniesienia kosztów takiego ubezpieczenia oraz w sposób pośredni na wiarygodność ekonomiczno-finansową oraz rozmiar prowadzonej przez wykonawcę działalności.(...) W odpowiedzi Konsorcjum X złożyło m.in. „Zaświadczenie dotyczące polisy ubezpieczeniowej” wchodzącej w skład konsorcjum Y S.A., w którego treści znajduje się stwierdzenie, że polisa została wykupiona. Izba zważyła, że wskazane sformułowanie nie daje podstaw do kwestionowania potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Słowa „wykupiona” i „opłacona” to wyrazy bliskoznaczne, które w szczególności w tłumaczeniu mogą być użyte zamiennie. Jeśli odwołujący ocenia, że ze względu chociażby na prawo obowiązujące w Królestwie Hiszpanii, w którym ma siedzibę Y S.A. pojęcie wykupiona winno być interpretowane inaczej, winien okoliczność tę co najmniej uprawdopodobnić. Odwołujący tego zaniechał, mimo że ciężar dowodu spoczywał na nim, jako na twierdzącym.

Art. 22 ust. 4

24. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

W przywołanych powyżej postanowieniach s.i.w.z. Zamawiający w taki sposób połączył warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawcy z warunkiem dotyczącym dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, że w rezultacie nie doszło do jednoznacznego sprecyzowania żadnego z tych warunków. O tym, że Zamawiający sam nie wie za niespełnianie jakiego konkretnie warunku wykluczył Odwołującego świadczy treść uzasadnienia, w którym nie wspomina się o niezłożeniu dokumentu z pkt 1.7 rozdziału IV s.i.w.z., a zatem niezłożeniu świadectw lub innych dokumentów potwierdzających wymagane kwalifikacje Wykonawcy, a jednocześnie wskazuje się na to, że rzekomo świadectwa lub inne dokumenty potwierdzające wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje osób – miałyby potwierdzać posiadanie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w zakresie obsługi systemów sprzedaży biletów kolejowych oraz informacji kolejowej. Przynajmniej z tych mniej lub bardziej niejasnych postanowień nie wynika konkretnie ani jaką wiedzę i doświadczeniem mają się cechować wykonawcy, ani jaką liczbą osób i o jakich to kwalifikacjach mają dysponować wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Z uwagi na ciążący na zamawiających obowiązek zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3 pzp), jak i s.i.w.z. (art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp) – braki w tym zakresie nie mogą działać na niekorzyść wykonawców, którzy nie mają obowiązku domyslać się co było intencją zamawiającego.

25. Sygn. akt: KIO 286/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.

(...) Zamawiający ograniczony jest przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak również musi uwzględnić zasady wynikające z art. 7 ustawy Pzp. Opis musi zatem pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, tj. nie można dokonywać opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w oderwaniu od tegoż przedmiotu, np. żądając doświadczenia całkowicie nieadekwatnego. Musi być też proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przy czym pojęcie to należy odnosić do zakazu ustanowienia wymogów nadmier-

nie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ustawa Pzp co do zasady ustala zatem maksymalny pułap ewentualnych żądań zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie wyznaczają natomiast poziomu minimalnego. W świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu podlega kontroli wykonawców tylko w zakresie określenia wymagań nadmiernych czy pozostających bez związku z przedmiotem zamówienia.

**26. Sygn. akt: KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13,
Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.**

Zamawiający żądał doświadczenia wskazanych osób w odniesieniu do konkretnych technologii i narzędzi informatycznych, które wykorzystywane będą w ramach jego przedmiotu zamówienia. Jest to więc doświadczenie adekwatne do jego przedmiotu zamówienia, a legitymować się nim mogą osoby pozostające w gestii różnych wykonawców. Natomiast odwołujący nie wykazał, aby jakiegokolwiek doświadczenie nabyte na technologiach podobnych czy równoważnych, mogło być, i faktycznie byłoby, doświadczeniem takim jakie będzie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu nie jest opisem przedmiotu zamówienia i nie stosują się doń ściśle wymogi dopuszczania doświadczenia „równoważnego”. Doświadczenie weryfikowane w ramach warunków udziału w postępowaniu ma gwarantować zamawiającemu odpowiedni poziom kompetencji wykonawcy umożliwiających mu wykonanie przedmiotu zamówienia i w tym znaczeniu winno być do przedmiotu zamówienia adekwatne. Tym samym zarzut odwołania uznano za niezasadny. Za takie same uznano również żądania dopuszczenia bliżej nieokreślonej technologii, w niewiadomo jakim zakresie równoważnej do technologii wskazanej przez zamawiającego (...).

Przechodząc do rozpatrywania zarzutów odwołania należy generalnie stwierdzić, iż proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp, należy rozumieć w ten sposób, iż są to warunki, które nie będą ograniczały konkurencji, a więc dostępu do zamówienia ponad miarę wyznaczaną względami związanymi z zabezpieczeniem wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania danego przedmiotu zamówienia. Natomiast w świetle przepisów ustawy zamawiający nie jest zobowiązany do opisywania jakichkolwiek konkretnych warunków udziału w postępowaniu, zwanych w aktualnej nomenklaturze ustawowej „opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1”. Przeciwnie, do ubiegania się o swoje zamówienie, zamawiający może dopuścić wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na mocy samych przepisów ustawy. Nie znajdują więc materialnego oparcia w przepisach ustawy żądania odwołania zmierzające do sformułowania dodatkowych warunków udziału w postępowaniu niż opisane przez zamawiającego, w szczególności zmierzające do zawężenia kręgu wykonawców dopuszczonych do postępowania. Środki ochrony prawnej opisane w Dziale VI ustawy dotyczą legalności, a nie racjonalności i celowości działań zamawiającego.

Art. 23

27. Sygn. akt: KIO 2876/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców takich stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, a więc również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców, np. nieróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu w zależności od statusu wykonawcy. Zgodnie z utrwaloną już wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania,

o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz potencjałem ekonomicznym i finansowym (tzw. warunki pozytywne). Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum (wspólne ubieganie się o zamówienie przyjęto bowiem nazywać konsorcjum), które tworzone jest w celu łączenia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego oraz ekonomicznego i finansowego. Potencjały te, co do zasady, podlegają więc sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, oznacza to, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp. Przenosząc powyższe na niniejszy stan faktyczny stwierdzić należy, iż skoro warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia spełnia jeden z konsorcjantów.

28. Sygn. akt: KIO 25/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Odnosnie zarzutów co do pełnomocnictwa załączonego do oferty Przystępującego, po pierwsze, należy stwierdzić, że gdyby ono nie potwierdzało wystarczająco umocowania do złożenia oferty (bądź gdyby Zamawiający miał wątpliwości, czy zgodnie z art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych został ustanowiony pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), to na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych należałoby wezwać do jego uzupełnienia, a nie – jak oczekiwał Odwołujący – odrzucić ofertę Odwołującego w konsekwencji „niebrania pod uwagę dokumentów złożonych w Postępowaniu przez Krzysztofa S.”.

Rzeczywiście w dokumencie pełnomocnictwa jest kilka braków – nie wskazano daty i miejsca wystawienia, nie wskazano również nazwy postępowania. Jednak zostało trwale załączone do składanej oferty, co oznacza, że zostało wystawione przed dniem składania ofert; miejsce wystawienia pełnomocnictwa nie ma znaczenia dla ustalenia jego ważności. Ponieważ do oferty załączono oryginał pełnomocnictwa, Izba oceniła (tak, jak wcześniej uczynił to Zamawiający), że zostało ono wystawione dla konkretnego postępowania i wolą mocodawców był udział w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Pełnomocnictwa podlegają wykładni jak każde oświadczenia woli – nie było w tym przypadku żadnych wątpliwości co do interpretacji postanowień pełnomocnictwa. Brak słowa „upoważnia” nie czyni pełnomocnictwa niezrozumiałym: zawiera ono wyrażenie „[wymienione osoby] ustanawiają (...) pełnomocnikiem”, co jest wystarczające do wyartykułowania woli udzielenia pełnomocnictwa. W ocenie Izby sposób podpisania dokumentu również nie budzi wątpliwości – podpisy osób udzielających pełnomocnictwa złożono przy (na) pieczętkach zawierających nazwy, pod którymi osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą. Dla uznania, że pełnomocnictwa udzielono skutecznie, nie ma znaczenia, jaka jest postać graficzna złożonego podpisu – Odwołujący nie zgłaszał wątpliwości co do możliwości identyfikacji złożonych podpisów (powiązania ich z osobą, która się podpisała).

29. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

Istotnie, możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia umożliwia wykonawcom wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez łączenie swych zasobów (potencjałów). Dostrzeżenia wymaga jednak, że do wykonawców takich, zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio. Z przywołanej normy nie wynika zatem postulat łączenia zasobów wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny. Zasadniczo, jak wskazuje dyrektywa zawarta w art. 23 ust. 3 Pzp, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego

wykonawcy. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma przecież znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

30. Sygn. akt: KIO 550/13, KIO 563/13, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2013 r.

Izba stwierdziła, że wymaganie posiadania ubezpieczenia na sumę nie mniejszą, niż 100.000.000 zł przez każdego z wykonawców tworzących konsorcjum rażąco naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nakładałoby na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ciężary większe, niż poniósłby wykonawca, który złożył ofertę samodzielnie. Pułap oczekiwań zamawiającego byłby większy w przypadku konsorcjum oraz zmienny w zależności od liczby członków konsorcjum. Taki stan rzeczy powodowałby różnicowanie wymagań zamawiającego w zależności od formy, w jakiej wykonawcy będą ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz liczebności konsorcjów. Jest niedopuszczalne, przeczy bowiem zasadzie równego traktowania wykonawców wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp, która nakazuje, by warunki udziału w postępowaniu były takie same dla wszystkich wykonawców. Wymaganie posiadania ubezpieczenia na sumę nie mniejszą, niż 100.000.000 zł przez każdego z wykonawców tworzących konsorcjum wypaczałoby również samą ideę konsorcjum. Dopuszczenie przez polskiego ustawodawcę możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ma na celu rozszerzenie konkurencji - umożliwienie wykonawcom, którzy pojedynczo nie spełniają wymagań zamawiającego wykazania wiarygodności i zdolności do realizacji zamówienia przez połączenie posiadanych zasobów.(...)

Z art. 23 ust. 3 Pzp nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny. Zasadniczo, jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawców do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie.

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma przecież znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w okolicznościach sporu w kontekście zdolności wykonawcy do poniesienia kosztów finansowych jego realizacji.

Uwzględnienie wskaźników ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nic nie mówi o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie osiągnięcia wskaźników na wymagany poziomie w okresie trzech kolejnych lat obrotowych, daje podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Na podstawie powtarzalności wysokości wskaźników w okresie trzech kolejnych lat można uznać, że zamawiający oczekuje wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej dokończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Z całą pewnością posługiwanie się wartościami wskaźników ekonomicznych osiągniętych przez poszczególnych członków konsorcjum w różnym czasie nie prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcom, których potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Stanowi również niedopuszczalną preferencję na rzecz wykonawców tworzących konsorcja kosztem pojedynczego wykonawcy.

Art. 24 ust. 1 pkt 4 i 8

31. Sygn. akt: KIO 2693/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.

W oparciu o przywołane przepisy o Krajowym Rejestrze Karnym nie ma możliwości wydania informacji z tego rejestru w odniesieniu do konkretnego okresu czasu lub na konkretnie

wskazany dzień, inny niż dzień wydania informacji. Izba podzieliła także stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, iż odwołujący miał możliwość uzyskania stosownej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej przed upływem terminu składania ofert i potwierdzającej brak podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Pzp nie później niż na dzień składania ofert. Odwołujący mógł, mając na uwadze zamiar złożenia oferty i udziału w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne, uzyskać informację z Krajowego Rejestru Karnego dla nowo powołanego prezesa zarządu w dniu jego powołania to jest 29 listopada 2012 roku, a także w dniu 30 listopada, gdyż termin składania ofert upływał dopiero o godz. 15.00.

32. Sygn. akt: KIO 95/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [aktualnie jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] określa zamknięty katalog dokumentów, za pomocą których wykonawca może wykazać brak podstaw do wykluczenia. W § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia [aktualnie § 3 ust. 1 pkt 5 i 6 ww. rozp. – przyp. red.] wskazano, że dla wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 [pkt – przyp. red.] 4–8, a także pkt 9 Pzp, zamawiający żąda/ może żądać złożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Zatem dla podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 4–8 lub 9 Pzp takim dokumentem jest wyłącznie aktualna informacja z KRK wystawiona przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca nie może wykazać braku podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 lub 9 Pzp, za pomocą innego dokumentu. Zatem nie ma znaczenia w niniejszej sprawie fakt, że Odwołujący załączył wymagane oświadczenie podpisane przez Prezesa Zarządu Odwołującego złożone zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ poświadczające spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Wyżej wymienione Rozporządzenie określa także, że aktualna informacja z KRK powinna być wydana nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a zatem określa ramy czasowe aktualności dokumentu.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym określa zasady udzielania informacji z Rejestru o osobie lub podmiocie. Zgodnie z § 9 ust. 1 i 2 rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 8 pkt 2 ww. rozporządzenia. Jeżeli natomiast dane osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wnioski zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Adnotacja ta jest aktualna na dzień wydania informacji. (...)

Po pierwsze wskazać należy, że termin zarówno początkowy, jak i końcowy, określające okres, z którego powinny być wystawione dokumenty potwierdzające brak podstawy do wykluczenia z powodu karalności, zostały zakreślone przepisami prawa. Jak wyżej wskazano, zarówno art. 26 ust. 2a, 44, jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] stanowią, że dokumenty te powinny być wystawione najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

**33. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13,
Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.**

Ponadto Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w tym, iż członkowie zarządu (...) Luxembourg SA złożyli dokumenty stanowiące odpowiedniki polskiego KRK z greckiego wymiaru sprawiedliwości. Z odpisu z rejestru spółki znajdującego się na str. 397–399 oferty wynika, iż miejscem zamieszkania członków zarządu spółki jest Grecja, a zatem złożenie greckich dokumentów należy uznać za właściwe.

Art. 24 ust. 1 pkt 7

34. Sygn. akt: KIO 2908/12, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r

Izba przychyliła się do stanowiska wynikającego z dotychczasowego orzecznictwa KIO, m.in. wyroku KIO z dnia 22.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2448/11, że brak jest uzasadnienia dla rozszerzającej interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten pozwala bowiem na weryfikację pod kątem karalności jedynie komplementariusza spółki komandytowej oraz spółki komandytowo-akcyjnej. W sytuacji gdy tym komplementariuszem pozostaje osoba prawna przepis, którego z racji jego restrykcyjności nie można interpretować rozszerzająco, nie pozwala na weryfikację członków organu zarządzającego tej osoby prawnej. Tym samym nieuzasadnione byłoby w tym zakresie wykluczenie wykonawcy z postępowania. Ewentualne tezy wynikające ze stanowiska wyrażonego przez Odwołującego odnośnie art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp mogą, co najwyżej stanowić postulat *de lege ferenda*. W konsekwencji zarzut podlega oddaleniu w całości.

Art. 24 ust. 1 pkt 9

**35. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13,
Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.**

Odwołujący się wykazał, że w Wielkim Księstwie Luksemburg wydaje się zaświadczenia o wpisie spółek do Rejestru Karnego. Złożył do akt sprawy zaświadczenie wydane przez Prokuraturę przy Sądzie Wyższej Instancji Wielkiego Księstwa Luksemburga Rejestru Karnego, z którego wynika, że (...) Luxembourg SA nie jest wpisana do Rejestru Karnego. Zgodnie z art. 35 pkt 3 Kodeksu Karnego Wielkiego Księstwa Luksemburga kary kryminalne lub poprawcze, jakim podlegają osoby prawne to m.in. wykluczenie z uczestnictwa w zamówieniach publicznych. Brak zatem wpisu w Rejestrze Karnym jest równoznaczny z brakiem orzeczenia o zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem stwierdzić należy że spółka obowiązana była złożyć wraz z ofertą zaświadczenie właściwego organu, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienia.

Art. 24 ust. 2 pkt 1

36. Sygn. akt: KIO 20/13, KIO 29/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Tym samym, zwykle wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść. Każdorazowo konieczne jest zatem przesądzenie, czy udział wykonawcy albo osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni w konkretnej sytuacji uczciwej konkurencji. Jeśli więc udział takiego wykonawcy lub osób nie utrudni uczciwej konkurencji, sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia.

Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą postępuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, zaś zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego. (...) Biorąc zatem pod uwagę:

- fakt przygotowania dokumentacji postępowania oraz udzielania wobec jej treści wyjaśnień na zapytania konkurencyjnych wykonawców, co wyraża znajomość intencji wynikających z odpowiedzi na pytania,
- poznanie podmiotów, które wykazały zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem (co zaś wynika z posiadania dostępu do zapytań wykonawców zawierających wnioski o wyjaśnienie SIWZ), co pozwalało w pewnym stopniu rozeznac podmioty konkurencyjne a także planowane przez tych wykonawców rozwiązania (na etapie przed złożeniem oferty dane wykonawców wyrażających zainteresowanie postępowaniem nie są wszak udostępniane);
- okoliczność znajomości intencji i oczekiwań podmiotów trzecich, z którymi uzgodnienia wymagała dokumentacja postępowania, co z kolei warunkuje bardziej adekwatną treścią oferty, wpisującą się w szczegółowe wymagania, jakie zostały postawione w tym postępowaniu;
- łatwiejszy dostęp do niejawniej części dokumentacji, której autorem jest jeden z członków konsorcjum Odwołującego;
- udzielanie wyjaśnień treści SIWZ w terminie bezpośrednio poprzedzającym termin złożenia oferty (ostatnie wyjaśnienia zamieszczone zostały na stronie Zamawiającego 8 listopada 2012 r., podczas gdy termin składania ofert upływał 15 listopada 2012 r.),

należało uznać, że zestaw wskazanych okoliczności rozpatrywanych łącznie, przemawia za uznaniem, że w warunkach tej konkretnej sprawy, udział wykonawcy X SA w B. w ramach konsorcjum z Y spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w O. utrudnił uczciwą konkurencję. Bezsprzecznie, inni wykonawcy nie dysponowali wiedzą, jaką posiadał wykonawca X S.A. w B. w związku z przygotowaniem dokumentacji postępowania oraz czynną rolą w toku postępowania polegającą na wyjaśnianiu treści SIWZ. Te czynności nie sprowadzały się jedynie do technicznego podania wykonawcom treści ustalonych postanowień SIWZ, ale także do aktów kształtujących te postanowienia. Mowa tu o rekomendacjach w zakresie zmiany SIWZ czy dodania pewnych pozycji przedmiarowych.

Nie sposób przy tym podzielić argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, że ewentualną przewagę konkurencyjną wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania Zamawiający obowiązany był zniwelować wyznaczając odpowiednio długi termin na złożenie ofert, co pozwoliłoby wykonawcom uzyskać analogiczny dostęp do informacji a także zrównoważyć fakt, że mieli oni mniej czasu na przygotowanie się do zmian tej dokumentacji. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywać terminu składania ofert w związku z faktem, że jeden z wykonawców, potencjalnie zainteresowanych postępowaniem znajduje się, w związku z przygotowaniem dokumentacji w stanie przewagi konkurencyjnej. Co więcej, Zamawiający nie musi mieć wiedzy, że taki wykonawca wystąpi w postępowaniu i że może wystąpić tego rodzaju przewaga podmiotu.

Powyższe determinuje wniosek, że Zamawiający w sposób uprawniony dokonał oceny, iż w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Y spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. oraz X SA w B. zaistniały przesłanki do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zamawiający wykazał przesłanki określone w powołanym przepisie, w tym okoliczność, że członek konsorcjum – X SA w B. wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w tym także że udział tego wykonawcy, działającego w konsorcjum, utrudnił uczciwą konkurencję.

37. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.

Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach przygotowawczych, jak i czy udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. W ocenie Izby z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia tego przepisu winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, aby czynności wykonawcy były związane z przygotowaniem prowadzonego (a zatem tego konkretnego) postępowania. Tym samym jego udział w czynnościach przygotowawczych, tj. sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, określenia wartości szacunkowej czy przygotowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winien dotyczyć danego postępowania. Wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu może mieć zatem miejsce wtedy, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby niezbędne jest zatem, aby rezultat prac przygotowawczych na potrzeby danego postępowania był bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu. (...)

Pozostawanie w stosunkach umownych określonego wykonawcy z zamawiającym nawet gdy łączy się z realizacją zadań powiązanych rzeczowo z przedmiotowym postępowaniem, nie oznacza bezpośredniego udziału w przygotowywaniu postępowania, o ile nie zostanie wykazane, że istotnie wykonawca ten uczestniczył w czynnościach przygotowawczych danego postępowania.

Art. 24 ust. 2 pkt 3**38. Sygn. akt: KIO 2817/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.**

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać użycia pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

39. Sygn. akt: KIO 35/13, KIO 62/13, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

40. Sygn. akt: KIO 64/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.

Tym samym także nie potwierdził się w tym zakresie zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w treści oferty. Zarzut oparty jedynie na przypuszczeniach i domniemaniach Odwołującego, które nie znalazły żadnego oparcia w treści oferty nie znajduje uzasadnienia. Podkreślenia ponadto wymaga okoliczność, iż – zdaniem Izby – dla stwierdzenia w ofercie wykonawcy składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wystarczające wykazanie, że określone w przedstawionym przez wykonawcę wykazie usług doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ. W takim przypadku co do zasady wykazywane może być nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu (nieudowodnienie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę), a nie podanie nieprawdziwych informacji. Podanie nieprawdziwych informacji wiąże się bowiem ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd przez wykonawcę zamawiającego w celu uzyskania konkretnego zamówienia publicznego.

41. Sygn. akt: KIO 100/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.

Żaden z zarzutów nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że postępowanie dowodowe w sposób niezbity wykazało, że odwołujący nie miał żadnych podstaw do wskazania w wykazie osób Mariana P. i Alojzego G., którymi miał dysponować bezpośrednio. W ocenie Izby umieszczenie tych osób w wykazie opierało się tylko na bezpodstawnych domysłach i przypuszczeniach odwołującego, że w razie uzyskania przez niego zamówienia publicznego, osoby te być może podejmą u niego pracę. Owe przypuszczenia i domysły opierały się jedynie na tym, że osoby te w przeszłości, tj. do końca grudnia 2009 r. były pracownikami odwołującego, a wobec przegrania przez niego poprzedniego postępowania dotyczącego administrowania cementarzami, przeszły do pracy w konkurencyjnej firmie należącej do wykonawcy Elżbiety M. Osoby te nie wyrażały jednak zgody na umieszczenie ich w wykazie osób przez odwołującego, nie zawierały w tym zakresie żadnych umów ani pisemnie ani ustnie. W ocenie Izby, w okresie od początku 2010 r. do chwili złożenia oferty przez odwołującego w rozpoznawanym postępowaniu, nie doszło do zawarcia takiej umowy, a nawet nie były w tym zakresie prowadzone rozmowy. Ponadto Izba stwierdziła, że umieszczenie obu osób w wykazie przez odwołującego nastąpiło ze świadomością, że odwołujący nimi nie dysponuje bezpośrednio.

42. Sygn. akt: KIO 56/13, Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2013 r.

Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Jednakże przepis dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinięcia wykonawcy: „Jest winny poważnego

wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji". A zatem wykluczeniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając.

43. Sygn. akt: KIO 138/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

Wskazać należy ponadto, że interpretacji przepisu dotyczącego tej podstawy wykluczenia należy dokonywać przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 „g” dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi DZ. U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

44. Sygn. akt: KIO 208/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

(...) uznając, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający musiałby stwierdzić, że doszło do celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa.

45. Sygn. akt: KIO 268/13, KIO 270/13, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2013 r.

Zdaniem Izby przez informację nieprawdziwą należy rozumieć taką informację, która obiektywnie nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Potwierdza zatem zdarzenia, które nie miały miejsca. W ocenie Izby obiektywnej nieprawdziwości informacji nie można przyjąć, gdy stanowi ona na przykład wynik odmiennej interpretacji wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy zastosowania przez wykonawcę innych założeń przy wyborze elementów wykonanego zamówienia, które w jego opinii potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, która to opinia nie musi być jednak podzielona przez zamawiającego. (...) Tym samym błędna zdaniem Zamawiającego kwalifikacja robót przez wykonawcę, ujęcie w ramach wykazu robót, które wykraczają poza treść warunku udziału w postępowaniu nie są tożsame z nieprawdziwą informacją. Takie nieprawidłowości podlegają przede wszystkim ocenie z punktu widzenia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

46. Sygn. akt: KIO 527/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Nie można jednak pominąć faktu, iż przeprowadzając weryfikację prawdziwości złożonych dokumentów i zawartych w nich informacji, Zamawiający powinien o wyjaśnienie wątpliwych kwestii zwrócić się również do wykonawcy, celem umożliwienia wykonawcy złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Art. 24 ust. 2 pkt 4**47. Sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12,
Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.**

Zgodnie z normą prawną, wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższy obowiązek potwierdza również treść art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest czynność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obecna regulacja jest wynikiem istotnych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, który wcześniej pierwszeństwo i rozstrzygające znaczenie przyznawał prawdzie materialnej, aktualnie zaś przerzucając ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, nakazuje dokonywanie oceny w tym przedmiocie na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i przedłożonych przez wykonawcę w ściśle określonym terminie. Nie jest więc rolą zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale stwierdzenie powyższego na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

48. Sygn. akt: KIO 2755/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.

W rozpoznawanej sprawie, w przypadku wykazanej przez konsorcjum zrealizowanej usługi należy wskazać, że to sam Zamawiający, któremu składane są dokumenty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był wystawcą listu referencyjnego, dlatego też dokonując oceny złożonych przez konsorcjum dokumentów Zamawiający ocenił je zgodnie ze stanem faktycznym. Zamawiający wyjaśnia treści złożonych dokumentów, jednakże w tej konkretnej sytuacji, jako podmiot wystawiający list referencyjny Zamawiający nie zwracał się do konsorcjum o wyjaśnienia lecz ocenił go uwzględnivszy wiedzę, którą dysponuje. Zwrócenie się Zamawiającego do konsorcjum o wyjaśnienie treści listu referencyjnego z 4 maja 2010 roku prowadziłoby w tym przypadku do zwrotnego zapytania do Zamawiającego oraz złożenie uzyskanych wyjaśnień temu samemu Zamawiającemu. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Jednocześnie należy mieć na uwadze fakt, że z oświadczenia złożonego na stronie 26 oferty wynika okres realizacji usługi nadzoru nad robotami budowlanymi a to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania tego, że usługa nie była realizowana w danym, oświadczonym czasie. Ograniczenie się Odwołującego jedynie do wskazania, że inna data jest w oświadczeniu a inna data w liście referencyjnym nie może być uznane za wystarczającą argumentację, istotne jest, że umowy te są jawne a informacja o terminach ich realizacji powszechnie dostępna, co sam Odwołujący pośrednio przyznał, wskazując, że umowy te zostały zawarte w wyniku przeprowadzenia procedur zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

49. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

(...) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonywać w oparciu o całościową analizę dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli a nie wybiórczo w oparciu o pojedyncze zwroty, jak próbuje to czynić odwołujący. Izba wskazuje, że odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które obalałyby oświadczenia wykonawców w zakresie czy to potencjału kadrowego czy wiedzy i doświadczenia, na które się powoływano. Przykładowo Odwołujący powoływał się jedynie na swoje wątpliwości, przypuszczenia, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika robót sanitarnych może mieć np. 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy a pozostałe 17 w kierowaniu robotami w innej branży niż sanitarnej. Uwagę taką odwołujący kierował również do innych osób. Twierdzenia te nie znajdują w ocenie Izby potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych. (...) Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Za stanowiskiem odwołującego nie może przemawiać fakt, iż Pan Ryszard P. umocowany do działania w imieniu lidera Konsorcjum, wykonawcy (...) Sp. z o. o. nie złożył podpisu na imiennej pieczęci a w innym miejscu strony. Zdaniem Izby okoliczności sprawy, podpisy składane przez Pana Ryszarda P. na innych dokumentach załączonych do oferty pozwalają zweryfikować i jednoznacznie stwierdzić że podpis na formularzu ofertowym choć nie na pieczęci został złożony przez Ryszarda P.

Art. 25 ust. 1**50. Sygn. akt: KIO 226/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.**

Izba nie dopatrzyła się w wezwaniu Zamawiającego naruszenia § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów [aktualnie § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]. Izba zważyła, że przepis ten wyróżnia dwie, niezależne od siebie, przesłanki umożliwiające Zamawiającemu zażądanie przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, które zostały załączone do oferty w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Po pierwsze – jeżeli złożony w takiej formie dokument jest nieczytelny. Drugą, samoistną przesłankę stanowi sytuacja, w której kopia dokumentu budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Należy zauważyć, że choć przesłanki te mają zupełnie inny ciężar gatunkowy i różny stopień zobiektywizowania, każda z nich upoważnia zamawiającego do skorzystania z uprawnienia do zażądania okazania oryginału dokumentu lub jego poświadczonej notarialnie kopii. Nieczytelność dokumentu jest pewnym zobiektywizowanym stanem faktycznym, który może wystąpić w sytuacji wykonywania odbitek kserograficznych dokumentów, może być z łatwością przez każdego stwierdzony i nie wiąże się bezpośrednio z wątpliwościami co do autentyczności dokumentu. Natomiast ocena czy dokument budzi wątpliwości co do prawdziwości ma charakter subiektywnej oceny, a jej wyrażenie przez zamawiającego stawia w jakiś sposób pod znakiem zapytania rzetelność wykonawcy.

Art. 25 ust. 1 pkt 1**51. Sygn. akt: KIO 2706/12, KIO 2709/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.**

W odniesieniu do zadania drugiego Izba stwierdziła przede wszystkim, że z samego faktu, że w protokole odbioru zostało zapisane, że wykonawca będzie wykonywał jeszcze jakieś prace lub poprawki, nie wynika automatycznie, że umowa nie została należycie wykonana. Każdy dokument protokołu odbioru winien być badany z uwzględnieniem okoliczno-

ści danego przypadku, w szczególności przedmiotu umowy, której dotyczy. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że w przypadku skomplikowanych realizacji, tworzonych pod indywidualne zamówienie lub zawierających nowe rozwiązania, często zdarza się, że po odebraniu przedmiotu umowy dokonywane są jeszcze zmiany lub ulepszenia jej przedmiotu, co znajduje odzwierciedlenie w treści protokołu. Nie oznacza to, że umowa taka nie została zrealizowana należycie. Oceniając stanowiska stron zawarte w pismach i zaprezentowane na rozprawie Izba podzieliła pogląd odwołującego, że przewidziane do wykonania poprawki wynikające z protokołu odbioru, nie dają podstaw do uznania braku należytego wykonania umowy. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do znaczenia pozostałych do wykonania prac i uzgodnionych poprawek, swoje twierdzenie o warunkowym charakterze protokołu odbioru oparł wyłącznie na literalnej interpretacji jego treści, której Izba wobec braku argumentacji nie podzieliła.

52. Sygn. akt: KIO 2851/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Biorąc pod uwagę treść art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) o swobodzie działalności gospodarczej podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tym samym zakres działalności ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowych w odniesieniu do konkretnego podmiotu ma jedynie znaczenie statystyczne, a ponadto odnosi, w spółce kapitałowej, jedynie skutki wewnętrzne bez wpływu na jej relacje zewnętrzne z innymi podmiotami. Nie ogranicza zatem prawa podmiotu, co do wyjścia poza zakres ujawniony w rejestrze KRS. W ramach regulacji rozporządzenia o dokumentach [*aktualnie jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.*] należy wskazać na istnienie korelacji pomiędzy prowadzoną przed podmiot działalnością (nie zaś ujawnioną) a przedmiotem zamówienia. Tym samym zakres zdarzeń objętych ochroną ubezpieczeniową wskazany w polisie przedkładanej na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu winien korespondować z prowadzoną działalnością oraz przedmiotem zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż opis zakresu ochrony ubezpieczeniowej wynikający z przedłożonej polisy OC obejmuje czynności wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

53. Sygn. akt: KIO 2909/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.

(...) przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku dostaw i usług stanowić mają dokument potwierdzający, iż wskazane w wykazie dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Treść tychże dokumentów nie musi jednak powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz. Może być ona jedynie pomocna w ocenie ich wiarygodności. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych dostaw lub usług w sposób należyty.

Wskazać także należy, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie” w dokumencie potwierdzającym realizację umowy. Wymaganie, aby wykonawca posiadane doświadczenia wykazał wyłącznie za pomocą dokumentu referencji zawierającego literalne sformułowanie „należyte wykona-

nie” lub też „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej” narusza przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 19 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1016/09), iż „brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego)”.

54. Sygn. akt: KIO 2934/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.], obok wykazu podmiotów zamawiających może żądać dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Dokument ten winien potwierdzać i oceniać ex post sposób realizacji świadczenia lub warunkowo, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, potwierdzać tą okoliczność w trakcie realizacji. Dokument ten winien odnosić się do przedmiotu świadczenia, jak również winien oceniać elementy przedmiotowo istotne stosunku zobowiązaniowego, w tym jego terminowość.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż dostarczony przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokumentów protokół przekazania, nie może potwierdzać faktu należytego wykonania umowy. W przypadku umowy dzierżawy, protokół taki stanowi jedynie moment inicjujący realizację przedmiotu zamówienia i nie może on stanowić *a priori* potwierdzenia powyższego faktu. Zupełnie inne znaczenia protokół przekazania ma w przypadku dostawy, która konsumowana zostaje w ramach jednej czynności faktycznej i po wykonaniu której, co do zasady, nie następują żadne dodatkowe czynności stanowiące *essentialia negotii* tej umowy. Izba w zasadzie podziela pogląd wyrażony w przywołanym przez Odwołującego wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12, w którym zostało wskazane, że: „dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia o należywym wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi” jednakże w niniejszym stanie faktycznym za odmową uznania przedłożonego przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 25.10.2011 r. dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie świadczenia, stoją bardziej ważkie względy.

55. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

Izba uznaje, że zaświadczenie z *Registro Central de Penados* jest odpowiednikiem polskiej Krajowej Informacji Karnej. (...) Przy czym, Izba wskazuje, że w zakresie prawidłowości zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla X S.A. oparła się nie tyle na opinii prawnej hiszpańskiego radcy prawnego (w oryginale wraz z tłumaczeniem przysięgłym) załączonej przez Y S.A. do pisma procesowego z dnia 31.01.2013 r., ale na konsekwencji wynikającej ze zmiany prawa Królestwa Hiszpanii dokonanej w dniu 14.11.2011 r. Dekretem

Królewskim 1611/2011 dostosowującym hiszpański rejestr karny do uprzedniej nowelizacji kodeksu karnego z 2010 r. w zakresie odpowiedzialności karnej osób prawnych. (...)

56. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

W zakresie pierwszego z zarzutów związanego z niewłaściwym zakresem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, Izba stwierdziła, że w treści polisy wystawionej przez (...) S.A. podano, że działalnością przyjętą do ubezpieczenia wraz z PKD jest: „72.19 Badania naukowe i prace rozwojowe w dziedzinie pozostałych nauk przyrodniczych i technicznych”. W tym przypadku niewątpliwie przedmiot niniejszego zamówienia nie dotyczy ani badań naukowych ani też prac rozwojowych w dziedzinach pozostałych nauk przyrodniczych i technicznych. Tym samym Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że (...) przedłożona polisa nie może zostać uznana za prawidłową, gdyż nie potwierdza ona, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Izba stwierdza, że dokument ten podlega uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

57. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.

(...) niewykazanie przez wykonawcę (...) faktu opłacenia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie stanowiło podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie po obligatoryjnym wyczerpaniu procedury sanacyjnej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, zaś zamawiający – w okolicznościach niniejszej sprawy – nie miał obowiązku wezwać wykonawcy (...) do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznała za decydującą dla rozstrzygnięcia stanu faktycznego sprawy okoliczność, że zamawiający opisując dokumenty, jakie wykonawca winien złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu nie żądał od wykonawców złożenia „opłaconej polisy”. Określając, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia analizowanego warunku udziału w postępowaniu wskazał jedynie, że należy złożyć „polisę” ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł. Zamawiający nie zdecydował się zatem na zażądanie od wykonawców złożenia „opłaconej polisy” (§1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]. Uznał, że w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczające będzie przedstawienie samej polisy. Zaś wykonawcy, w tym odwołujący, w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie kwestionowali postanowień SIWZ. Wykonawcy nie mieli więc obowiązku składać dowodu opłacenia przedmiotowej polisy. Powyższe wynika jednoznacznie z treści art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, stosownie do którego wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu jedynie „na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym”. Oznacza to, że obowiązki wykonawcy co do sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu określa zamawiający, a nie treść przywoływanego rozporządzenia, które precyzuje jedynie jakich dokumentów zamawiający może się domagać. Skoro zamawiający w niniejszym postępowaniu przesądził, że dla wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczającym będzie złożenie wyłącznie polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a nie „opłaconej polisy”, to

zastosowanie się wykonawcy do takiego wymogu nie mogło stanowić podstawy do wyciągnięcia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec niego.

58. Sygn. akt: KIO 442/13, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2013 r.

Izba uznała (...) za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, że przydatność dokumentu referencji dotycząca inwestycji w S. jest wątpliwa z uwagi na wskazanie celu jej wystawienia, tj. kwalifikacji wykonawców w Hiszpanii. Na gruncie polskiego prawa istotne jest to czy dany dokument potwierdza czy też nie, ukończenie robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo. Referencja dotycząca inwestycji w S. wyraźnie wskazuje na wykonanie robót zgodnie z warunkami i ku pełnej satysfakcji wystawcy referencji, natomiast cel w jakim taki dokument był wystawiony jest irrelevantny z punktu widzenia oceny jego przydatności na gruncie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile dokument stwierdza okoliczności wymagane polskim prawem dla kwalifikacji wykonawcy. Stanowisko zamawiającego prowadziłoby do dyskryminacji podmiotów uzyskujących doświadczenie poza granicami Polski, co godzi w zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

59. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.] zamawiający może żądać od wykonawców próbek, jednakże żądanie to powinno być sprecyzowane w siwz, gdyż tylko w taki sposób możliwe jest zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca, zapoznając się z wymaganiami zamawiającego w zakresie warunków podmiotowych, jak i żądań związanych z postawionymi wymaganiami jakościowymi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, podejmuje decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że już na etapie zapoznawania się z treścią siwz powinien mieć możliwość oceny, czy jest w stanie przygotować próbkę dla zamawiającego i czy przygotowana przez niego próbka będzie potwierdzać określone przez zamawiającego wymagania. Obowiązek określenia dokumentów służących potwierdzeniu warunków jakościowych mieści się w obowiązku zamawiającego zamieszczenia w siwz opisu sposobu przygotowania oferty. Z tego względu jedynie ogólnikowe wskazanie, że zamawiający może zażądać złożenia próbek w celu przeprowadzenia jakichś testów, nie spełnia wymagań transparentności postępowania.

60. Sygn. akt: KIO 78/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby zamawiający, nie żądając od wykonawców opisu oferowanego systemu nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy. Brak takiego wymogu dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców w jednakowy sposób, zapewnia zatem równe traktowanie wykonawców, natomiast odwołujący w żaden sposób nie wykazał tego, że brak żądania opisu oferowanego systemu narusza uczciwą konkurencję. Argumentacja odwołującego sprowadzała się wyłącznie do obaw odwołującego, co do tego, że zamawiający nabywa zaoferowany przedmiot w ciemno nie mając możliwości jego weryfikacji na etapie składania ofert. Zamawiający jednak na gruncie ustawy nie ma obowiązku żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom zamawiającego. Opis oferowanego systemu należy bowiem zaliczyć do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2

ustawy i § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817 ze zm.) [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]. Art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy określa uprawnienie zamawiającego, a nie obowiązek i w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych brak jest odpowiednika normy art. 26 ust. 1 ustawy. Skoro brak jest obowiązku po stronie zamawiającego do żądania takiego dokumentu wynikającego z przepisów ustawy, to nie można stwierdzić uchybienia zamawiającego polegającego na zaniechaniu działania, do którego zamawiający był zobligowany z mocy ustawy. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie żądania opisu oferowanego systemu w treści siwz.

61. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.

Izba w pierwszej kolejności rozważy charakter prawny planu pracy biorąc pod uwagę postanowienia siwz oraz zawartość załącznika nr 3 do siwz. Izba podziela bowiem stanowisko odwołującego, że o charakterze prawnym dokumentu żądanego przez zamawiającego decyduje cel jego składania i zakres informacji w nim zawartych. Stąd Izba stoi na stanowisku, że dokumenty przedmiotowe żądane przez zamawiającego nie wynikające wprost z katalogu dokumentów określonych w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.], każdorazowo należy analizować mając na uwadze indywidualny charakter postanowień siwz i wymagań zamawiającego w tym zakresie. (...)

Art. 26 ust. 2a

62. Sygn. akt: KIO 2849/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Tym samym zatem Zamawiający z jednej strony weryfikował podstawowe warunki udziału w postępowaniu w oparciu o wymagane w SIWZ dokumenty, z drugiej zaś urealnił tę ocenę poprzez zapisy SIWZ odnoszące się do merytorycznej treści oferty jednocześnie zabezpieczając realne wykorzystanie w trakcie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia sprzętu wykazywanego przez wykonawcę w ramach jego potencjału technicznego. Odzwierciedleniem powyższego są również postanowienia projektu umowy, który wyraźnie w § 2 ust. 1 umowy nakazuje wykorzystanie przez wykonawcę dla realizacji zamówienia sprzętu wskazanego w ramach oferty w wykazie potencjału technicznego.

W żadnym przypadku nie możemy mówić w tej sprawie o podwójnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dwóch etapach postępowania – choć takie zdanie w toku rozprawy przed Izbą prezentował także Zamawiający (odmienne stanowisko jednak przedstawił w odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy). Stanowiska takiego nie można wywieść z postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, jak też z wyroku Izby wydanego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 13 listopada 2012 r. w sprawie KIO 2360/12. Izba w poprzedniej sprawie, dokonując oceny zasadności zarzutów dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu potwierdziła jedynie, że ta ocena – biorąc pod uwagę zapisy SIWZ odnoszące się *stricte* do podmiotowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – była prawidłowa i brak było w tym zakresie podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie też – uwzględniając argumentację podnoszoną w toku rozpoznawania tej sprawy przez Izbę – Izba stwierdziła, że bardziej szczegółowe wymogi, które Zamawiający określił w SIWZ co do wymaganego od wykonawcy sprzętu w celu należytego spełnienia świadczenia objętego

zamówieniem, Zamawiający będzie weryfikował naocznie poprzez ocenę przedstawionego mu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego sprzętu, zgodnego z wykazem sprzętu załączonym do oferty i spełniającym dodatkowe wymogi SIWZ. Niespełnienie tych merytorycznych wymogów SIWZ Zamawiający potraktował w SIWZ jako sytuację związaną z odmową podpisania przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach przedstawionych w ofercie.

Uwzględniając powyższe niezasadnym było w tym przypadku wobec szczegółowych wymagań SIWZ, aby wykonawca dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zaoferował Zamawiającemu jeden rodzaj sprzętu (solarki marki S.), a następnie, tuż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zaoferował Zamawiającemu zupełnie inny sprzęt (solarki marki O.). Zapisy SIWZ – m.in. przywołanego pkt 15.4, § 2 ust. 1 projektu umowy, jak też udzielone wyjaśnienia treści SIWZ – wyraźnie wskazywały na konieczność zaprezentowania przez wykonawcę w trakcie kontroli posiadanych urządzeń przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego urządzeń ujętych w wykazie potencjału technicznego załączonym do oferty. W ocenie Izby nieuprawnione jest w tym względzie stanowisko Odwołującego o tym, iż Zamawiający odnosił się tylko do opisu warunku udziału w postępowaniu, a nie do faktycznie wykazywanego przez wykonawcę sprzętu i urządzeń w ofercie. Na taki sposób rozumienia postanowień SIWZ nie wskazują w żadnej mierze brzmienie tych zapisów oraz wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 12 września 2012 r.

63. Sygn. akt: KIO 2867/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Złożone zobowiązanie nie potwierdza spełniania warunku na dzień nie późniejszy niż termin składania ofert, tj. 5 grudnia 2012 r. Z treści tego dokumentu wynika, że powyższe zobowiązanie zostało podjęte w dniu 10 grudnia 2012 r. W szczególności należy podkreślić w treści ww. zobowiązania sformułowanie „przekazujemy”, które zostało użyte w czasie teraźniejszym (a zatem w dacie określonej w tym dokumencie) i nie wskazuje w jakikolwiek sposób, że zobowiązanie to zostało udzielone w jakimś terminie wcześniejszym.

Izba w pełni podziela pogląd utrwalony w orzecznictwie, iż data widniejąca na dokumencie nie ma decydującego znaczenia dla oceny czy warunek podmioty został spełniony najpóźniej na dzień składania ofert. Jednak, aby uznać, że dokument potwierdza spełnianie warunku w dacie innej aniżeli data widniejąca na dokumencie, to z treści tego dokumentu musi jednoznacznie wynikać ten fakt.

Art. 26 ust. 2b

64. Sygn. akt: KIO 2923/12, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.

Analiza treści wniesionego odwołania pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż zostało ono oparte na powziętym przez Odwołującego przekonaniu, iż konsorcjum (...), powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, powinno było wykazać, iż zasoby te tak na etapie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia dostępne będą każdemu z konsorcjantów w stopniu pełnym. Dlatego też za niewystarczające dla uznania, iż konsorcjum (...) wykazało spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, było przedłożenie przez to konsorcjum zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów jednemu z konsorcjantów (Andrzejowi P.). Zdaniem Odwołującego koniecznym było przywołanie w powołanym zobowiązaniu podmiotu trzeciego wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum (...), ponieważ w innym przypadku pozostali wykonawcy nie mieliby zagwarantowanego dostępu do zasobów udostępnionych tylko jednemu z nich.

Skład orzekający Izby nie podzielił tego poglądu, uznając, iż stoi on w sprzeczności z istotą instytucji konsorcjum. Ustawodawca po to bowiem dopuścił możliwość wspólnego ubiegania

się przez wykonawców o udzielenie zamówienia, aby mogli oni łączyć swe potencjały w celu wspólnego spełnienia warunków stawianych przez Zamawiającego, a następnie wspólnej realizacji zamówienia. W dotychczasowym orzecznictwie, ale też i doktrynie, dominuje pogląd, że dla uznania, iż całe konsorcjum spełnia określony warunek udziału w postępowaniu, wystarczającym jest, aby jeden tylko z konsorcjantów wykazał spełnienie tego warunku. Istotne jest to, aby wykazali oni, iż łącznie spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu ustanowione przez Zamawiającego. Tak też było w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpoznawane przez Izbę odwołanie – Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, stąd też Izba, orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie znalazła podstaw, aby móc kwestionować prawidłowość tego postępowania.

65. Sygn. akt: KIO 2935/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż co do zasady, w określonych okolicznościach sprawy, może on udostępniać swój potencjał. Twierdzenie to doznaje jednak pewnych ograniczeń, wyznaczanych w szczególności z uwzględnieniem jednej z podstawowych zasad ukształtowanych na gruncie prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. W rozpoznawanym przypadku wykazane zostało, iż zasada ta, w wyniku działań podjętych przez Zamawiającego, doznała uszczerbku. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiot ten występował w podwójnej roli. Z jednej strony był organizatorem tegoż postępowania i organem je prowadzącym, a zatem podejmującym w nim wszelkie rozstrzygnięcia mające wpływ na jego wynik, z drugiej zaś strony, podjął się na rzecz jednego z wykonawców świadczyć usługę udostępnienia potencjału technicznego, którym dysponował. Stan ten, w ocenie Izby, doprowadził do zróżnicowania sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie im zamówienia. Istotnym jest to, iż Zamawiający nie wykazał, aby na etapie publikacji ogłoszenia oraz SIWZ, upublicznił on w powołanych dokumentach informację o fakcie udostępniania przez niego określonego potencjału technicznego oraz zasad, na jakich potencjał ten może zostać wykonawcom udostępniony. Izba nie podzieliła w tym zakresie poglądu, iż wystarczającym jest fakt, iż jest wiedzą powszechną informacja o możliwości uzyskania określonego potencjału technicznego na mocy podjęcia odpowiedniej współpracy z Zamawiającym. Na ocenę tę nie mogła mieć wpływu treść oświadczenia złożonego w imieniu (...) w K., choćby z uwagi na fakt, iż w piśmie tym brak wskazania do jakich postępowań przetargowych odniesiono się w jego treści, ani też na jakim etapie tych postępowań Odwołujący zwracał się do (...) w K. o udostępnienie mu odpowiedniego sprzętu. W ocenie składu orzekającego wiadomość o zaistnieniu możliwości udostępnienia przez Zamawiającego potencjału, którym on dysponuje, powinna zostać upubliczniona co najmniej w SIWZ. W toku rozprawy nie zostało wykazane, aby rozpoznawanym przypadkiem Zamawiający w SIWZ informację taką zawarł. Stąd też nie zagwarantował on wykonawcom żadnych instrumentów umożliwiających im zakwestionowanie na etapie publikacji SIWZ samej możliwości udostępnienia przez Zamawiającego swego potencjału podmiotom ubiegającym się o udzielenie im zamówienia, a także, nie wyposażył wykonawców w jakiegokolwiek środki umożliwiające wyegzekwowanie udostępnienia im potencjału technicznego Zamawiającego w zakresie niezbędnym tym właśnie wykonawcom.

66. Sygn. akt: KIO 398/13, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r.

Istotą sporu jest zagadnienie, czy wybrany wykonawca (przystępujący) wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunek określony w pkt V.4, dla części II tiret 1, tj. posiadanie niezbędnego potencjału technicznego w postaci broni (karabinek lub pistolet maszynowy) w ilości 24 sztuk, a w konsekwencji, czy podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Wobec faktu, że zamawiający w toku

postępowania przeprowadził na powyższą okoliczność postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 3, zarzuty odwołania co do zaniechania tej procedury stały się bezprzedmiotowe.

Skład orzekający oceniając spełnianie przedmiotowego warunku, którego spełnianie zostało wykazane poprzez wskazanie dysponowania potencjałem osobowym w postaci pracowników licencjonowanych wyposażonych w pistolety maszynowe zauważa, że co do zasady, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wykonawca może polegać na potencjale osobowym i technicznym innego podmiotu pod warunkiem udowodnienia, że będzie tymi zasobami dysponował przy wykonywaniu zamówienia. W konkretnych okolicznościach rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług o charakterze koncesjonowanym, tak co do uprawnień osób mających usługę wykonywać (licencja), jak i sprzętu, na który wymagane jest posiadanie stosownego zezwolenia. Ze złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten udostępni pracowników wraz z bronią, którzy zostaną zatrudnieni przez wykonawcę (przystępującego). Izba uznaje w kontekście treści zobowiązania, że jego strony przewidują zastosowanie art. 174¹. § 1 kodeksu pracy, zgodnie z którym, za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. W ocenie składu orzekającego na przeszkodzie takiego sposobu udostępnienia omawianego potencjału stoją przepisy szczególne ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576), które nie przewidują możliwości użyczenia broni, na którą wydano pozwolenie na broń (świadcstwo broni) przedsiębiorcom, którzy uzyskali koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia. Nie jest możliwe przekazanie, przez przedsiębiorcę posiadającego broń na podstawie świadectwa broni, własnego uzbrojenia pracownikowi ochrony świadczącemu usługi w ramach działalności innego przedsiębiorcy. Izba nie podziela tym samym stanowiska zamawiającego, że sposób udostępnienia pracowników i sprzętu na zasadzie „oddelegowania” w trybie przewidzianym powołanym przepisem kodeksu pracy może być uznawany za formę podwykonawstwa, dopuszczalną i stosowaną w usługach ochrony osób i mienia. Niezależnie bowiem od braku formalnej definicji podwykonawstwa przy świadczeniu usług, przyjąć należy, że jest to świadczenie części usługi przez inny podmiot, nie zaś wykonywanie pracy w wyniku zawarcia terminowego stosunku pracy przez pracowników innego podmiotu (w tym wypadku wskazanego, jako udostępniającego potencjał).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji uznając, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego w części II zamówienia.

67. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.

Zarzut, że roboty budowlane umieszczone w tabeli zatytułowanej „Wykaz wykonanych robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji złożonej przez Konsorcjum X, są robotami wykonanymi przez podmioty trzecie – jest niezasadny. W tym przypadku Izba wskazuje na oznaczenie kolumny piątej tej tabeli – „Oddane do dysponowania przez inne podmioty (nazwa podwykonawcy)” – stwierdzając, że jej tytuł nakazywał alternatywnie wpisanie, albo podmiotów trzecich, jeżeli wykonawca zamierzał korzystać z ich potencjału (w takim przypadku zobowiązanie do korzystania z potencjału tych podmiotów w zakresie ich doświadczenia byłoby nieodzowne), albo podwykonawców, jeśli roboty ujęte w tabeli były robotami stanowiącymi doświadczenie wykonawcy. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku Konsorcjum X mamy do czynienia z drugim spośród opisanych przypadków, tzn. z sytuacją, w której w tabeli ujęto roboty wykonane przez Lidera Konsorcjum X, tj. Y z siedzibą w M., który przy ich realizacji posługiwał się podwykonawcami. Okoliczność ta jednak nie

zmienia faktu, że roboty wymienione w tym dokumencie stanowią doświadczenie wykonawcy (Lidera Konsorcjum X) i w tej sytuacji jakiegokolwiek zobowiązanie Lidera do oddania Konsorcjum X do dyspozycji niezbędnych zasobów (tutaj doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, byłoby bezprzedmiotowe, bo byłoby zobowiązaniem „wobec samego siebie”, a więc zobowiązaniem jednego z podmiotów biorących udział w Konsorcjum X wobec tegoż Konsorcjum. Nie ulega natomiast wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wymaganego doświadczenia musi spełniać Konsorcjum X jako takie, a nie każdy z wykonawców wchodzących w skład tego Konsorcjum z osobna – takie założenie bowiem byłoby nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji i przeczyłoby idei wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej podmiotów o uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego zarzut rzekomego braku wykazania sposobu, w jaki nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia, jest niezasadny, gdyż Konsorcjum X wykazuje się własnym doświadczeniem w zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.1. siwz, a tym samym jakiegokolwiek zobowiązanie podmiotu trzeciego w tym zakresie jest zbędne. O tym, że budowy wymienione w omawianej tabeli (znajdującej się na stronie 7–8 oferty Konsorcjum X zostały wykonane przez Lidera Konsorcjum twierdzą dokumenty – świadectwa wykonania prac (referencje), znajdujące się na stronach 9–24 oferty.

Art. 26 ust. 3

68. Sygn. akt: KIO 2818/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

Treść normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na podmiot zamawiający obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów m.in. w przypadku, gdy dokumenty przez niego złożone nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powodem wezwania może być zarówno całkowity brak dokumentów, jak również zawarte w nich błędy oraz braki. Instytucja uregulowana w powyższym przepisie ma charakter wyjątkowy i umożliwia sanację oferty złożonej przez wykonawcę dając mu szansę m.in. na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie powyższej normy orzecznictwo sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało szereg zasad, w tym zasadę jednokrotności wezwania, zakazu zastępowania informacji nieprawdziwych – zgodnymi ze stanem faktycznym, zasadę obowiązku uszczegółowienia takiego wezwania oraz zasadę utożsamiania złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku z jego fizycznym brakiem. Powyższe zasady nie wynikają wprost z normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz są konsekwencją wykładni systemowej i celowościowej tego przepisu.

W niniejszym stanie faktycznym szczególne znaczenie ma zasada związana z samym obowiązkiem stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz obowiązkiem uszczegółowienia wezwania i podania faktycznej podstawy tej czynności. Powyższe ma umożliwić wykonawcy dokonanie uzupełnienia w sposób zgodny z oczekiwaniami podmiotu zamawiającego, jak również zapobiegać na przyszłość powstaniem wątpliwości, czy kolejne wezwania nie naruszają zasady jednokrotności. Jeżeli bowiem podmiot zamawiający wezwał do uzupełnienia określonego dokumentu ze względu na zidentyfikowany i dookreślony brak, nie stoi to na przeszkodzie powtórnemu wezwaniu ze względu na inne okoliczności faktyczne. Zatem to doprecyzowanie i wyartykułowanie podstaw wezwania umożliwia dochowanie ww. wskazanych zasad.

69. Sygn. akt: KIO 2861/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jak również pełnomocnictwa w wyznaczonym przez siebie terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 3 nie określa w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek, którymi zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu

tego terminu. Mimo to, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby: „... jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jasne jest, iż, aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należytą staranność.” (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 901/09 905/09). Przy ocenie, czy zamawiający wyznaczył odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należy brać pod uwagę także okoliczność, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Dokumenty te, co do zasady, winny być więc w dyspozycji wykonawcy w dniu upływu terminu składania ofert, co również wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełniane w tym trybie dokumenty, czy oświadczenia mają potwierdzać stan – czyli spełnienie określonego warunku – na dzień upływu terminu składania wniosków (ofert). Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi więc wyjątek od zasady wskazującej na obowiązek złożenia kompletnej oferty w wyznaczonym terminie do składania ofert. Stanowisko takie było prezentowane w orzecznictwie Izby (por. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 993/09). Zatem celem instytucji wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest umożliwienie wykonawcy gromadzenia a jedynie uzupełnienia (przesłania) dokumentów, w których posiadaniu powinien być na dzień upływu terminu składania ofert.

70. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada zatem na Zamawiającego obowiązek zastosowania wezwania do uzupełnienia zawsze, gdy stwierdzi, że otrzymane dokumenty i informacje pozyskane w ramach ewentualnych wyjaśnień nie potwierdzają spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Obowiązek wezwania do uzupełnienia jest wyłączony tylko, gdy zachodzą okoliczności wskazane w tym przepisie, tj. gdy pomimo uzupełnienia dokumentów oferta podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dochowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp warunkuje także prawidłowość następczej czynności wykluczenia. Wezwanie do uzupełnienia powinno w sposób jasny, jednoznaczny i precyzyjny wskazywać, jakiego warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie spełnia i z jakich przyczyn. Zamawiający, podejmując decyzję o wezwaniu, musi zatem dokonać uprzedniej oceny otrzymanych od wykonawcy dokumentów i informacji. Jeżeli wynik tej oceny jest negatywny, a nie zachodzą przesłanki zwalniające określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie miało miejsce uprzednie wezwanie w tym samym zakresie, wezwanie do uzupełnienia jest niezbędne.

Zdaniem Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający powyższego wymogu ustawowego nie dochował, co skutkuje koniecznością uznania, że czynność wykluczenia Odwołującego nie była prawidłowa, a zatem odwołanie podlega uwzględnieniu. Ponownie należy podkreślić, że Zamawiający dostrzegł wadliwość wykazu, która bądź miała charakter formalny, nieistotny dla oceny spełnienia warunku (brak wartości brutto dla usług, gdzie wartość zamówienia nie stanowiła treści warunku udziału w postępowaniu; początkowa data wykonania usługi) bądź potwierdzono zgodność z warunkiem (data wykonania usługi w pozycji 6), gdzie zasadniczo można byłoby poprzestać na procedurze wyjaśnień. Równocześnie Zamawiający dostrzegł wadliwość wykazu w innym zakresie – niezgodności przedmiotowej wykazanych zamówień z treścią warunku – ale w tej mierze nie dokonał ostatecznej oceny, lecz uznał konieczność uprzednich wyjaśnień. Nie można bowiem przyjąć za równoznaczne z żądaniem

uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania do wyjaśnień z podaniem podstawy prawnej art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz stwierdzeniem, że zdaniem Zamawiającego wskazane usługi jednoznacznie nie potwierdzają spełnienia warunków określonych w SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Takie stanowisko jest co najwyżej wyrazem wątpliwości Zamawiającego, a nie dokonanej przez niego ostatecznej oceny odnośnie wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie. Wykonawca musi znać jednoznaczne stanowisko zamawiającego co do oceny złożonych przez niego dokumentów, czego wyrazem jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wówczas może on podjąć decyzję, czy podtrzymać dotychczasowy wykaz, czy też powołać się na inne doświadczenie, o ile je posiada, co nie jest przecież wykluczone. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie takiej jednoznacznej oceny Zamawiającego zabrakło, o czym świadczy choćby fakt, że po otrzymanych wyjaśnieniach z 7 grudnia 2012 r. Zamawiający dokonywał ich dalszej weryfikacji. Efekt tej weryfikacji został jednak wyrażony w czynności wykluczenia, z pominięciem czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów, podczas gdy nie zachodziły okoliczności wyłączające zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 30 listopada 2012 r. nie dotyczyło bowiem niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 1.1. ppkt 4 SIWZ.

71. Sygn. akt: KIO 47/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Zatem biorąc pod uwagę przywołaną powyżej dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający dla skuteczności czynności wykluczenia z postępowania odwołującego winien był wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie doprowadziło do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji do przedwczesnego wykluczenia odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

72. Sygn. akt: KIO 202/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.

(...) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a nie kryteriów oceny ofert. Zatem dokumenty dotyczące koordynatora w ogóle nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyczyną pewnej dezorientacji w tej kwestii jest wymóg zamawiającego, by informacje dotyczące koordynatora umieścić na tym samym wykazie osób, które służą do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do potencjału kadrowego.

73. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

(...) konsekwencją statusu próbek kopert jako elementu treści oferty podlegającego weryfikacji zgodności z opisem przedmiotu zamówienia w drodze testu opisanego w s.i.w.z. jest brak możliwości ich uzupełnienia. Izba uznała zatem, że Odwołujący niezasadnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie przez wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek kopert.

74. Sygn. akt: KIO 245/13, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2013 r.

Rację ma odwołujący, że art. 26 ust. 3 ustawy w zadaniu 2 nie odnosi się do daty wystawienia dokumentu lub oświadczenia składanego na potwierdzenie spełniania warunków

udziału w postępowaniu. Data wystawienia takiego dokumentu jest obojętna na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy istotne jest natomiast to, czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca dokument przedstawiający spełniał najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert warunki udziału w postępowaniu.

75. Sygn. akt: KIO 262/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Należy też stwierdzić, że z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, że uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty w ogóle niezłożone, lecz również te, które zawierają błędy: „zamawiający wzywa wykonawców, którzy (...) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów (...), albo którzy złożyli (...) oświadczenia i dokumenty (...) zawierające błędy...” Przy czym przyjęło się w praktyce uznawać, że wskazanie dostaw, usług czy robót budowlanych, które nie potwierdzają spełnienia warunku (a nie stanowią nieprawdziwych informacji), również wchodzi w zakres błędu. Wynika to głównie z założenia, że wykonawca, który w ogóle nie złożył wymaganego dokumentu, nie powinien być traktowany lepiej, niż wykonawca, który złożył dokument nieprawidłowy. Ze względu zaś na to, że sytuacja i dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, wskazywanie zasobów podmiotów trzecich w wykazach, dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjęło się również uznawać, że art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy także tych dokumentów.

76. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Pomimo że Odwołujący wyszedł naprzeciw niewyrażonym w s.i.w.z. oczekiwaniom co do tych kwalifikacji, Zamawiający popełnił kolejny błąd oceniając zmianę wykazu osób (polegającą konkretnie na skróceniu listy osób do dwóch spośród trzech pierwotnie wymienionych) jako niedopuszczalną zmianę treści oferty. Zamawiający nie był jednak w stanie wskazać – również w toku postępowania odwoławczego – w jaki sposób w wyniku uczynienia zadość wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu – miałoby dojść do zmiany treści oferty Odwołującego. W uzasadnieniu zawiadomienia nie podano żadnego przepisu ustawy pzp, natomiast w odpowiedzi na odwołanie powołano się na art. 25 ust. 2 pkt 4 pzp, choć ustawa pzp nie zawiera takiego przepisu. Ponadto Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić na jakiej podstawie domaga się potwierdzenia kwalifikacji dla trzech osób, skoro uzupełniony wykaz obejmował dwie osoby, a nigdzie w s.i.w.z. nie określono, że od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wymaga się potwierdzenia dysponowania co najmniej trzema osobami.

77. Sygn. akt: KIO 342/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.

W ocenie Izby, opis proponowanych urządzeń równoważnych do oznaczonych przez zamawiającego aparatów telefonicznych – przynależy do treści oferty i winien być wprost zamieszczony zgodnie z dyspozycją zamawiającego w dokumentach oferty. Przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez odwołującego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Opis wymagań co do rozwiązań równoważnych został zamieszczony w SIWZ, której niekwestionowana treść na obecnym etapie postępowania jest wiążąca.

Izba uznaje za błędny pogląd odwołującego, że powinien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o uzupełnienie opisu zastosowanych rozwiązań równoważnych, do którego w przeświadczeniu odwołującego odnosi się przepis z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te doku-

menty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – przyp. red.]. W przekonaniu Izby, cytowany przepis dotyczy opisów zewnętrznych, np. kart katalogowych producentów, instrukcji obsługi itp. Opis rozwiązań równoważnych jako przynależny do treści oferty – nie podlega uzupełnieniu we wskazanym trybie, gdyż nie potwierdza, że oferowane urządzenia równoważne spełniają wymagania, ale stanowi samo ich zaferowanie – treść oferty. Żeby można było mówić o dokumentach potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, czy usługi wymagań określonych przez zamawiającego, w pierwszym rzędzie w ofercie musi być złożone oświadczenie samego wykonawcy – jakie też rozwiązania równoważne proponuje on zamawiającemu, w następnej zaś kolejności – jeżeli zamawiający tego wymaga – winny być przedłożone dokumenty, w oparciu o które zamawiający mógłby zweryfikować deklaracje wykonawcy zawarte w ofercie.

78. Sygn. akt: KIO 529/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.

Zgodnie zatem z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek wskazać, jakiego oświadczenia lub dokumentu oczekuje. Wezwanie, do uzupełnienia dokumentów musi być bowiem jednoznaczne i konkretne, tak, aby wykonawca był w stanie stwierdzić, czego w jego ofercie brakuje lub na czym polegał błąd w złożonym dokumencie. Nie oznacza to jednak, że wykonawca nie może przedłożyć innych dokumentów czy oświadczeń niż wezwane. Należy bowiem zwrócić uwagę odwołującemu na treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, który zezwala zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy z postępowania jedynie w takiej sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca może uznać, że inny niż żądany przez zamawiającego dokument czy oświadczenie, będące w posiadaniu wykonawcy lepiej potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i przedłożyć go w miejsce wezwanego. Ryzyko takiego działania obciąża wykonawcę, który może źle odczytać wezwanie zamawiającego i w efekcie złożyć dokument nie odpowiadający wymaganiom zamawiającego, a więc nie potwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (...)

Rację ma odwołujący, że art. 26 ust. 3 ustawy w zadaniu 2 nie odnosi się do daty wystawienia dokumentu lub oświadczenia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Data wystawienia takiego dokumentu jest obojętna na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy istotne jest natomiast to, czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca dokument przedstawiający spełniał najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert warunki udziału w postępowaniu.

79. Sygn. akt: KIO 573/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

Skoro zamawiający nie ustanowił w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, minimalnej długości sieci kanalizacyjnej, jako warunku granicznego, nieuzasadnione było wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie.

Art. 26 ust. 4

80. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W razie powzięcia wątpliwości co do treści złożonych oświadczeń/dokumentów Zamawiający jest zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśniającej, co jednak nie oznacza, iż musi on procedurę tę wielokrotnie powtarzać, gdy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, nieprzekonywające czy nie odnoszą się do istoty wątpliwości Zamawiającego.

Art. 27 ust. 1**81. Sygn. akt: KIO 67/13, KIO 70/13, KIO 72/13,
Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.**

Mając na względzie powyżej przytoczony materiał dowodowy sprawy, Izba uznała, że odwołujący spełnił wymogi uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień żądanych wezwaniem z dnia 6 grudnia 2012 r. Nie zostało poddane w wątpliwość, że w dniu 13 grudnia 2012 r. o godz. 7.54 wykonawca dostarczył dokumenty drogą e-mailową zgodnie z treścią wezwania, a przesyłka kurierska nadana 12 grudnia 2012 r. została dostarczona pod wskazany adres w dniu 13 grudnia 2012 roku o godz. 10:58, co zostało potwierdzone przez osobę urzędującą w lokalu wyznaczonym do pobierania przesyłek, która w imieniu zamawiającego wymienioną przesyłkę przyjęła. Izba miała na uwadze okoliczność pominiętą przez zamawiającego, że w treści ogłoszenia o zamówieniu, wskazał on adres „(...) S.A. ul. (...), Punkt kontaktowy: (...), Pl. (...), pokój 213.” Dla wykonawców składających oferty nie ma żadnego znaczenia podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że system ogłoszeń nie przyjmuje pełnego oznaczenia adresu zamawiającego. Dopiero w SIWZ doprecyzowano, że pisma należy kierować na adres „(...) S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział (...)” Izba uznaje dokumenty ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia za równoważne co do obowiązywania ich treści. Zamawiający winien wykazać dbałość o to, aby wykonawcy nie ponieśli negatywnych konsekwencji w wyniku niejednoznacznych i niespójnych instrukcji zamawiającego. Odwołujący w samej treści pisma z dnia 12 grudnia 2012 r. wskazał pełne określenie jednostki zamawiającego, oznaczając ją jako „(...) S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział (...)”, niezależnie od tego, że list przewozowy i koperta zewnętrzna została zaadresowana skrótowo na adres taki jaki widnieje w ogłoszeniu o zamówieniu. Poza sporem jest, że zamawiający wskazał zarówno w ogłoszeniu oraz w SIWZ i w wezwaniu pokój 213 do składania przesyłek. Przewidując uzupełnianie dokumentów przez wykonawców przesyłką pocztową, czy też poprzez firmę kurierską - zamawiający nie mógł jednocześnie wymagać, aby została ona doręczona do określonego pokoju w danej instytucji. Zgodnie z regulaminami świadczenia tego rodzaju usług (pocztowych) przesyłki są doręczane w jedno miejsce, przeważnie jest to kancelaria główna, sekretariat. Taka instrukcja widnieje również na omawianym liście przewozowym. Z dokumentów zawartych w aktach sprawy wynika, że kierując wezwania do wykonawców o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów – zamawiający w różnym stopniu szczegółowości oznaczał adres swojej siedziby. Izba nie uwzględniła wyjaśnień zamawiającego, że było to uzależnione od tego czy wezwanie dotyczyło jedynie wyjaśnień, czy też złożenia dokumentów. Takie szczegóły byłyby bowiem dla wykonawców nieczytelne.

Przesyłka nie została odesłana do adresata – jako skierowana pod niewłaściwy adres, zatem za datę jej odbioru winien być uznany dzień 13 grudnia 2012 r., zgodnie z pokwitowaniem. Wykonawca, w szczególności taki, którego siedziba znajduje się w innym mieście, zdany jest na usługi pocztowe świadczone przez operatora publicznego, czy też przez inne podmioty działające w tej branży i nie może ponosić konsekwencji, że przesyłka nie została dostarczona do oznaczonego pokoju 213, znajdującego się pod wskazanym adresem.

Art. 29 ust. 1**82. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.**

Zarzut w przeważającej części zasługuje na uwzględnienie. Art. 29 ust. 1 ustawy zawiera normę nakazującą zamawiającemu jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem był w stanie sporządzić ofertę. Tym samym w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje dostawy na jego rzecz jakiegoś dobra czy świadczenia na jego rzecz usługi ma określić swoje wymagania tak szczegółowo

i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować. Prawidłowa realizacja normy art. 29 ust. 1 ustawy jest gwarancją porównywalności ofert. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia przedmiotu zamówienia, a zatem nawet w sytuacji, gdy nie jest on profesjonalistą musi potrafić określić swoje potrzeby i oczekiwania. Jeśli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiającemu brak odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów negocjacyjnych (w szczególności dialogu konkurencyjnego), czy powołać biegłych służących mu odpowiednią pomocą. Brak jest jednak podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków od zasady art. 29 ust. 1 ustawy prowadziłoby bowiem do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.

83. Sygn. akt: KIO 185/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Niewątpliwym jest, iż opis przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielenia zamówienia. To on decyduje o tym czy dany wykonawca może złożyć swoją ofertę w postępowaniu. Opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się więc w sposób jednoznaczny, z pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. I w taki sposób, sposób jednoznaczny i wyczerpujący sporządzony został opis przedmiotu tego konkretnego zamówienia. Wynika bowiem z niego zakres zamówienia i warunki jego realizacji.

84. Sygn. akt: KIO 212/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie zabytkowego, stuletniego obiektu Muzeum Narodowego we W., znajdującego się pod ochroną konserwatorską, wpisanego na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO, Izba stwierdziła, że przy tego typu pracach naturalnym jest, że zamawiający na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie jest w stanie przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robót, jakie będą konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, uzyskania oczekiwanego efektu. W trakcie procesu budowlanego, którego przedmiot obejmuje m.in.: prace rozbiórkowe czy roboty renowacyjne mające na celu przywrócenie obiektowi dawnego wyglądu, może okazać się, że istotnie szereg robót i czynności oraz ich wielkość i ilość będzie możliwa do oszacowania dopiero po wykonaniu określonych działań. (...)

Niewątpliwie wykonawca, kalkulując cenę oferty, która w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy ponosi ryzyko związane z koniecznością pokrycia ewentualnych kosztów prac archeologicznych, geologicznych, saperskich oraz ryzyko związane z instalacją budek lęgowych dla ptaków lub schronień dla nietoperzy, których ilość nie jest na etapie przygotowania dokumentacji sprecyzowana. W warunkach ceny ryczałtowej ryzyko uwzględnienia wszystkich prac wymaganych dla realizacji całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem tego przedmiotu dokonany przez zamawiającego, w formie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów, spoczywa bowiem na wykonawcy. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie z góry wynagrodzenia za całość prac w stałej kwocie, która ma co do zasady charakter niezmienny. Z dyspozycji art. 632 § 1 k.c. wynika, że w sytuacji ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby z czasem zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Art. 29 ust. 2

85. Sygn. akt: KIO 2852/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy wskazać, iż norma prawna

uregulowana w powyższym przepisie stanowi normę o charakterze *lex specialis* w odniesieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp regulującego zasady odnoszące się do uczciwej konkurencji. Jej szczególny charakter objawia się tym, iż odnosi się ona jedynie do opisu przedmiotu zamówienia, a nie wszystkich czynności podmiotu zamawiającego przedsięwziętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto jej treść odnosi ten skutek, iż w toku postępowania odwoławczego za wystarczające należy uznać jedynie uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji.

Analiza normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż aby doszło do jej naruszenia treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych (tj. w określonej sytuacji rynkowej) dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego) lub w ten sposób, iż opis przedmiotu zamówienia w inny sposób ogranicza dostęp do zamówienia reprezentatywnej części uczestników rynku. (...)

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż na skutek użycia w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych systemu i nazw własnych urządzeń oraz kontekstu i celu ich użycia, co wskazał na rozprawie Zamawiający, doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

86. Sygn. akt: KIO 114/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.

Należy przy tym pamiętać, że postulat dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 29 ust. 2 ustawy obejmuje nie tylko wykonawców działających na rynku krajowym, co do którego Odwołujący zidentyfikował jedynie dwóch wykonawców [przystępującego X S.A. w B. oraz powiązany z nim podmiot Y S.A. w P.], którzy w Jego ocenie mogą wykonać zamówienie w zakresie dostawy pojazdów jednoczłonowych w terminie określonym w postępowaniu, ale do ogółu wykonawców działających w danym segmencie rynku, co obejmuje nie tylko podmioty krajowe, ale również zagraniczne. Nie sposób przy tym z góry przesądzać, że żaden z zagranicznych podmiotów nie będzie zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu.

87. Sygn. akt: KIO 145/13, KIO 146/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

W ocenie Izby, konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiającego takich wymagań, co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane – są wyższe niż przewiduje norma lub, które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą (o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji). (...)

Zdaniem Izby, odwołujący nie ma prawa narzucać zamawiającemu sposobu świadczenia dostawy poprzez żądanie wprowadzenia, do specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści, które dopuszczają możliwość zaoferowania innej technologii wykonania znaków drogowych. Partykularne interesy odwołującego nie mogą mieć bowiem pierwszeństwa przed ogólnym interesem zamawiającego. Fakt, że technologia proponowana przez odwołującego jest być może innowacyjna, nie uprawnia jednakże odwołującego do żądania możliwości jej zaoferowania, poprzez zmodyfikowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie. (...) Jedynie na marginesie wskazać należy, że Izba dostrzega zamierzenia odwołującego i ocenia je pozytywnie. Jednakże chęć promowania innego, być może nowocześniejszego, innowacyjnego rozwiązania, winno odbywać się na innej płaszczyźnie marketingowej. Nie może bowiem odbywać się w procedurze udzielenia zamówienia publicznego z pokrzywdzeniem interesu i kosztem zamawiającego.

88. Sygn. akt: KIO 186/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

(...) zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie to następuje wówczas nie w celu preferowania określonego wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. (...)

Izba zwraca uwagę, że zarówno zamawiający jak i odwołujący byli zgodni, że w przedmiocie zamówienia była dostawa systemów komercyjnych, będących ogólnie w sprzedaży a nie systemów dedykowanych stworzonych dla konkretnego podmiotu. Wobec tego stwierdzić należy, że dostarczane oprogramowanie ma charakter standardowego, dostarczanego przez odwołującego do różnych klientów. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się, a zamawiający nie wykazał, celu żądania zamawiającego, aby wykonawca przekazał kody źródłowe oferowanego oprogramowania. (...)

Po zbadaniu całokształtu okoliczności związanych ze zgłoszonym zarzutem oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stanęła na stanowisku, że termin realizacji zamówienia może i powinien być wydłużony do 180 dni od daty podpisania umowy.

89. Sygn. akt: KIO 200/13, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu w przetargu ograniczonym zawiera co najmniej określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych. Ponadto zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp to specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi zawierać opis przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie na tym etapie postępowania zamawiający zobowiązany był jedynie do określenia przedmiotu zamówienia co w ocenie Izby uczynił. Tym samym nie sposób uznać, iż zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję skoro na obecnym stadium postępowania brak jest opisu przedmiotu zamówienia.

90. Sygn. akt: KIO 255/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.

Izba zważyła, że nie można uniknąć sytuacji, iż wiedza wykonawcy, który wykonywał I etap przedsięwzięcia, którego dalszy etap jest przedmiotem obecnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest głębsza od wiedzy innych wykonawców w zakresie systemu, który został zrealizowany dla zamawiającego. Zamawiający nie posiada uprawnienia, aby z udziału w postępowaniu wyłączyć wykonawcę, który zrealizował zamówienie na wcześniejszym etapie. Taka sytuacja nie [jest – *przyp. red.*] sprzeczna z prawem. Zamawiający ma obowiązek jednak zachować w postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. prowadząc postępowanie w trybie otwartym, jakim jest przetarg nieograniczony, musi zapewnić wszystkim potencjalnym wykonawcom takie informacje, które są niezbędne i wystarczające zarazem do opracowania i złożenia oferty. Zarzut preferowania przez zamawiającego wykonawcy, który zrealizował wcześniejszy etap, nie może opierać się zatem wyłącznie na fakcie posiadania przez tego wykonawcę bardziej szczegółowej wiedzy, którą nabył w trakcie realizacji wcześniejszego etapu. Konieczne jest wykazanie lub przynajmniej uprawdopodobnienie, że zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnych informacji, których brak uniemożliwia przygotowanie prawidłowej oferty.

91. Sygn. akt: KIO 302/13, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.

Zgodzić należy się z Odwołującym, iż przy zarzucie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodob-

nienie przez odwołującego się wykonawcę choćby utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący – zdaniem Izby – nie uprawdopodobnił tego utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż za utrudnienie uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której wykonawca domaga się od zamawiającego wyłącznie wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia określonego rozwiązania, które byłoby dogodniejsze dla wykonawcy jedynie z jego punktu widzenia i wygody oraz subiektywnego przekonania wykonawcy o tym, iż mamy do czynienia z korzystniejszym dla zamawiającego rozwiązaniem i jednocześnie rozwiązaniem równoważnym do oczekiwanego przez podmiot zamawiający. Tymczasem wymogu opisanego w SIWZ przez Zamawiającego, aby zabudowane interfejsy pobierały informacje z urządzeń srk (obwodów świateł) w sposób bezinwazyjny z pełną izolacją galwaniczną obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS nie można uznać za szczególną, niedostępną Odwołującemu metodę połączenia urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS. Dostęp do oczekiwanego przez Zamawiającego rozwiązania nie jest ograniczony tak w sensie prawnym (np. poprzez prawa autorskie, *know-how*), jak i w sensie technicznym.

92. Sygn. akt: KIO 492/13, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2013 r.

Reasumując, jeśli nawet w momencie rozpatrywania niniejszej sprawy jest tylko jeden wykonawca, który legitymuje się żądanymi przez Zamawiającego certyfikatami, dotyczącymi szyfratorów IP, to w ocenie Izby, okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalają na stwierdzenie, że opisanie przedmiotu zamówienia nastąpiło z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Przytoczone wyżej okoliczności, zdaniem Izby, świadczą o tym, iż Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie podjął działań zmierzających do uzyskania spornego certyfikatu w terminie, zabezpieczającym jego interesy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 29 ust. 3

93. Sygn. akt: KIO 516/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia równoważności. W ocenie Izby zwroty „lub równoważny” dodany do opisu produktu wskazanego za pomocą znaku towarowego/producenta oznacza, że zamawiający dopuszcza produkt zbliżony pod względem parametrów technicznych lub jakościowych do produktu oznaczonego producenta. Produkt „równoważny” nie oznacza identyczności z produktem wskazanym w specyfikacji, lecz musi posiadać zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego. W powszechnie przyjętym orzecznictwie produkt równoważny to taki, który jest produktem posiadającym zbliżone parametry i funkcjonalność do produktu wskazanego. Nie musi natomiast być z nim identyczny, gdyż w praktyce powodowałoby to, iż pojęcie równoważności byłoby abstrakcyjne. Zamawiający powinien określić w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne oraz wskazać precyzyjnie granice tej równoważności tzn., jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca ma wykazać, że oferowany przedmiot bądź rozwiązanie mieści się we wskazanej równoważności – w granicach dopuszczalności odstępstw od cech przedmiotu referencyjnego, a nie udowadniać równoważność w ogólnym zakresie. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego.

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyrokach KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 984/09; KIO/UZP 585/09; KIO/UZP 733/09; KIO/UZP 980/09; KIO 1122/10; KIO 545/11; itd.

Art. 36**94. Sygn. akt: KIO 293/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.**

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści dokumentów wskazanych powyżej, jasno i precyzyjnie określił, co jest przedmiotem zamówienia. Stanowisko odwołującego, powołujące się na wykładnię celowościową przedmiotu zamówienia, przez ustalenie przedmiotu zamówienia w oparciu o tytuł zamówienia, nadany przez zamawiającego, zdaje się stanowiskiem błędnym. Jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie nie jest istotny tytuł umowy (zobowiązania), liczy się bowiem treść zobowiązania. W przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego, taką treścią przyszłego zobowiązania, jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z odpowiednimi załącznikami, które szczegółowo określają przedmiot świadczenia oraz projekt (wzór) umowy. Tak więc z treści tych dokumentów wynikać musi właściwy zakres świadczenia. Przyjmując, że odbiorcą ogłoszenia o zamówieniu (zakładając, iż jest to przyrzeczenie publiczne zawarcia umowy) jest określony krąg odbiorców (określone środowisko zawodowe), to trzeba przyjąć, że decydujące dla wykładni są reguły znaczeniowe wyspecjalizowanego języka (podsystemu) jakiejś grupy społecznej.

95. Sygn. akt: KIO 489/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.

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

Art. 36 ust. 1 pkt 4**96. Sygn. akt: KIO 113/13, KIO 117/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący na rozprawie podnosił, że procedury administracyjne dotyczące uzyskania stosownych pozwoleń na wykonanie własnej sieci światłowodowej w najkorzystniejszym dla odwołującego terminie, mogą zostać uzyskane (stosowne decyzje), a roboty wykonane w terminie minimum 4 miesięcy od dnia podpisania umowy. W najgorszej możliwej konfiguracji okres ten może się wydłużyć nawet do 9 miesięcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej sposób uzyskania oferowanego produktu nie może być wyłącznie skorelowany z chęcią przeprowadzenia określonego procesu inwestycyjnego (wykonanie własnej sieci światłowodowej), a z faktycznymi możliwościami dostępnymi na rynku. Zdaniem Izby, co zostało potwierdzone przez zamawiającego, odwołujący może, przy odpowiednim sposobie nawiązania stosunków handlowych na rynku zaoferować usługę, która umożliwi zamawiającemu korzystanie z usługi w terminie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 38 ust. 1

97. Sygn. akt: KIO 255/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż w terminach określonych w ustawie, jeżeli wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Wyjaśnienia powinny być rzeczowe i wyczerpujące, co nie oznacza, że zamawiający ma wprost obowiązek uwzględnienia wszystkich postulatów i wniosków sformułowanych przez wykonawców w pytaniach skierowanych do zamawiającego. Jak wynika z art. 38 ust. 1, pytania wykonawcy powinny dotyczyć treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zmierzać do jej wyjaśnienia. Korzystanie z prawa do wniesienia przez wykonawcę odwołania wobec czynności udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego nie może prowadzić de facto do obejścia przepisów w zakresie terminów do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 38 ust. 4

98. Sygn. akt: KIO 56/13, Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2013 r.

Izba zaznacza, że zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak również jej wyjaśnienia i modyfikacje podlegają wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Z kolei wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi wyznacznik interpretacji postanowień umowy.

Art. 42 ust. 1

99. Sygn. akt: KIO 199/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.

W ocenie Izby okoliczność wcześniejszego ogłoszenia specyfikacji na stronie internetowej zamawiającego w stosunku do daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie ma wpływu na wynik postępowania. Fakt naruszenia przepisu ustawy PZP nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania bez wykazania, że w przedmiotowym postępowaniu takie zdarzenie naruszenia przepisu ustawy PZP miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu na wynik postępowania w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 42 ust. 1 ustawy PZP odwołujący nie wykazał w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Art. 43

100. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.

Punktem wyjścia dla oceny przedmiotowego odwołania było dla Izby ustalenie, czy możliwe jest przedłużenie terminu do składania ofert w sytuacji, gdy termin ten *de facto* upłynął.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należało, że obowiązujące przepisy prawa – zdaniem Izby – nie dają podstaw do wyznaczenia przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nowego terminu składania ofert po upływie pierwotnie ustalonego terminu w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SIWZ.

Art. 45

101. Sygn. akt: KIO 2756/12, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.

Gwarancja bankowa, co jest niewątpliwe, to jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta) do świadczenia pieniężnego po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) wymaganych warunków zapłaty sumy podanej w wystawionym dokumencie (gwarancji) w przypadku, gdyby wykonawca określonego zobowiązania nie wykonał. Gwarancja bankowa stanowiąca wadium powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie. Gwarancja jest gwarancją bezwarunkową, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania, gdyż jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką właśnie wypłatę. Tymczasem w przedłożonej przez odwołującego gwarancji bankowej znajdują się zapisy, które podważają jej bezwarunkowość. Za takie – jak słusznie podniósł zamawiający – można uznać sformułowanie, iż „Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty przez (...), że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia”. Stanowi ono bowiem dodatkowe wymaganie dla skutecznego pozyskania przez zamawiającego wadium, uzależniając jego wypłatę od potwierdzenia zasadności roszczenia przez wykonawcę (odwołującego). Kwestionowane zapisy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogą być więc uznane za mające jedynie charakter informacyjny. Są one bowiem ściśle związane z wypłatą kwoty na jaką opiewa gwarancja, warunkując ją. Potwierdzeniem dokonania wypłaty sumy gwarancyjnej ma być oświadczenie samego wykonawcy (w tym przypadku odwołującego), a nie fakt zaistnienia określonych, podanych w gwarancji okoliczności. Pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być bowiem uzależniona od stanowiska samego wykonawcy, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje zasadność dochodzonego roszczenia. Kwestionowany zapis stanowi więc dodatkowy warunek, który na gruncie postępowania o zamówienie publiczne nie powinien mieć miejsca.

102. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

Jednocześnie w treści gwarancji została zawarta tzw. klauzula identyfikacyjna, tj. zastrzeżenie, zgodnie z którym żądanie Beneficjenta – Zamawiającego musi być przedstawione Gwarantowi za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji, a bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty są zgodne z kartą wzorów podpisów. Zdaniem Izby dokument wadialny przedłożony przez wykonawcę (...) sp. z o.o. spełnia wszystkie wymagane warunki. Jak słusznie stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, specyfikacja nie zawierała zastrzeżenia, które wyłączałoby możliwość zamieszczenia w treści gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej klauzuli identyfikacyjnej. Również zdaniem Izby, przedmiotowe zastrzeżenie w żaden sposób nie uzależnia odpowiedzialności gwaranta od zdarzenia przyszłego i niepewnego.

**103. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13,
Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.**

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 70⁴ § 1 K.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

104. Sygn. akt: KIO 235/13, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2013 r.

Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do bankowej gwarancji wadialnej – w ocenie Izby jest ona skuteczna i zabezpiecza interesy Zamawiającego. Odwołujący ma rację, że gwarancja wadialna jest takiego rodzaju dokumentem, który nie może podlegać liberalnej wykładni. Niemniej jednak podlega wykładni (każdy dokument podlega wykładni, rozumianej jako proces dochodzenia do rozumienia jego treści) – tyle, że nie może ona być zbyt daleko idąca. Faktycznie, w opisie nazwy postępowania znalazła się omyłka pisarska – powinno być „z wyłączeniem”, jest „z włączeniem” [odcinka drogi realizowanego przez (...)]. Cześć drogi, która jest przedmiotem postępowania realizowanego przez (...) nie jest przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. (...)

(...) oczywiście jest więc, że została popełniona omyłka pisarska i oczywiście jest, jak powinna brzmieć właściwa nazwa postępowania – dlatego taka omyłka jest nieistotna dla skuteczności gwarancji.

105. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert w kwocie 45.000,00 zł. Wadium wnoszone w pieniądzu miało być wpłacone przelewem na rachunek bankowy (...). Winno znajdować się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, a kserokopię dowodu wpłaty należało dołączyć do oferty (Rozdział IX, pkt 9.1–9.3 SIWZ). Wykonawca (...) załączył do oferty polecenie przelewu kwoty 45.000,00 zł, z którego wynika, że w dniu 4 lutego 2013 r. kwota ta została wpłacona na rachunek bankowy zamawiającego o nr (...) [inny numer rachunku bankowego niż wskazany przez zamawiającego w SIWZ – przyp. red.] tytułem: „Wadium - przetarg na zbieranie odpadów”. Rachunek bankowy, na który wpłacono kwotę wadium również należał do zamawiającego i został wskazany w SIWZ jako właściwy do wpłaty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (Rozdział XII, pkt 12.4 SIWZ). Kwotą tą uznano ww. rachunek zamawiającego jeszcze w dniu 4 lutego 2013 r. (wyciąg z ww. rachunku bankowego prowadzonego przez (...)) z 4 lutego 2013 r., przy odpowiedzi na odwołanie). W dniu 6 lutego 2013 r. o godz. 10 upływał termin składania ofert. Wpłacona przez wykonawcę kwota została przeksięgowana w dniu 6 lutego 2013 r. na rachunek bankowy zamawiającego przeznaczony do wpłaty wadium, zaś transakcja nie tylko została dokonana, ale i zaksięgowana w tym samym dniu (polecenie przelewu z 6.2.2013 r., przy odpowiedzi na odwołanie). Ponadto kwota została przeksięgowana przed upływem terminu otwarcia ofert, o czym Skarbnik Gminy poinformował członków komisji przetargowej również przed tym terminem.

Ww. wyciąg i polecenie przelewu Izba oceniła jako wiarygodne. Zostały sporządzone zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 7 ustawy Prawo bankowe, a więc nie wymagały podpisu. Wyciąg, z którego wynikało uznanie rachunku bankowego kwotą 45.000 zł w dniu 4 lutego 2013 r. pozostawał ponadto w zgodzie z poleceniem przelewu załączonym do oferty wykonawcy (...),

z którego wynika data obciążenia rachunku tego wykonawcy w tym samym dniu. Ponadto, z pisemnego oświadczenia Skarbnika Gminy wynikało dodatkowo, że poinformował on członków komisji o dokonanych przebiegach jeszcze przed upływem terminu otwarcia ofert (pisemne oświadczenie Skarbnika Gminy z 25.02.2013 r., załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Wywody odwołującego, jakoby miarodajnym dla oceny przez komisję przetargową podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp miałyby być wyłącznie polecenie przelewu załączone do oferty wykonawcy (...) nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Z literalnego brzmienia tego przepisu, jak również utrwalonego orzecznictwa Izby, wynika, że o wniesieniu wadium w formie pieniężnej nie decyduje to, czy do oferty załączono dowód wpłacenia wadium i o jakiej treści. O wpłaceniu wadium w formie pieniężnej decyduje fakt, czy pieniądze znalazły się na rachunku bankowym zamawiającego. Stąd nawet niezłączenie przez wykonawcę dowodu wpłacenia wadium nie skutkuje jego wykluczeniem z postępowania, jeżeli tylko wymagana kwota znajdzie się w dyspozycji zamawiającego w taki sposób, że może nią swobodnie dysponować. Zatem zamawiający, niezależnie od tego czy złożono mu dowód wpłacenia wadium, czy też go brakuje, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany z własnej inicjatywy sprawdzić stan rachunku bankowego celem ustalenia, czy dysponuje wymaganymi środkami pieniężnymi. Powyższe zaś może być ustalone i wykazywane poprzez dokumenty księgowe, wyciągi z rachunku bankowego. Nie ulega również wątpliwości, że przy ustaleniu stanu konta komisja może polegać na swych służbach finansowych (w tym przypadku Skarbnika Gminy), stąd brak podstaw do pominięcia przez Izbę przy ustaleniu stanu faktycznego ww. pisemnego oświadczenia Skarbnika Gminy. Izba oddaliła zatem na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana Kazimierza Małysa – członka komisji przetargowej na okoliczność, że komisja przy otwarciu ofert miała wiedzę o dokonanych przebiegach wadium, gdyż stwierdziła, że fakt ten został już stwierdzony innym dowodem, tj. pisemnym oświadczeniem Skarbnika Gminy.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego pozostawała okoliczność, że podczas otwarcia ofert komisja przetargowa nie poinformowała wykonawców o tym, iż przed otwarciem ofert nastąpiło przebieganie kwoty wniesionej tytułem wadium przez wykonawcę (...) na konto wskazane w pkt 9.2 SIWZ. To jakie informacje podaje się wykonawcom uczestniczącym w otwarciu ofert regulują przepisy art. 86 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Są to: kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Zatem niepodanie takiej informacji wykonawcom w trakcie otwarcia ofert nie świadczyło o tym, że przebieganie nie nastąpiło.

Oceniając powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że wykonawca (...) rzeczywiście wpłacił wadium na rachunek bankowy zamawiającego, przeznaczony do wpłaty zabezpieczeń należytego wykonania umowy, a nie do wpłaty wadium. Nie było to zgodne z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, w którym ustawodawca określił, że wadium w formie pieniężnej wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

106. Sygn. akt: KIO 507/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.

Wykonawca wnosząc wadium w pieniądzu nie określa, na jaki okres zostaje ono wniesione. Taka forma wnoszenia wadium różni się w tym zakresie od innych form, np. gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, gdzie zobowiązany z gwarancji w dokumencie gwarancji na ogół określa termin, do którego jego zobowiązanie istnieje. Element terminowego ograniczenia ważności wadium nie występuje w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu. Należy zatem przyjąć, że wadium wniesione w pieniądzu jest ważne tak długo, dopóki pozostaje na rachunku zamawiającego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku KIO/UZP 115/09 z dnia 6 lutego 2009 roku, zgodnie z którym wykonawca,

który złożył już swoją ofertę, a rachunek zamawiającego został uznany żadaną kwotą, nie będzie musiał wykonywać żadnej nowej czynności, pomimo, że zmiana terminu składania ofert będzie oznaczała, że pieniądze tego wykonawcy będą pozostawały w dyspozycji zamawiającego dłużej niż pierwotnie zakładał, chyba że wykonawca taki złoży w tym zakresie wyraźne oświadczenie woli.

Art. 46 ust. 4a

107. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

Dokument gwarancji bankowej wadialnej musi określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancja taka musi obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium – wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Jak wynika z treści dokumentu gwarancji złożonej przez Konsorcjum (...) (pkt 2, str. 1 gwarancji), Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty wadium w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Tym samym, w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a, zamawiający ma prawo dochodzenia od banku-gwaranta wypłaty kwoty wadium. Przewidziany w treści gwarancji zwrot dokumentu gwarancji „niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania” nie wyłącza i nie ogranicza prawa zamawiającego do zatrzymania wadium, w szczególności w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a Pzp. Zauważyć należy, że czynność badania ofert (spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu) przez zamawiającego, a tym samym możliwość stwierdzenia ziszczenia się ww. przesłanek z art. 46 ust. 4a, poprzedza czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Ziszczenie się zatem przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp musi nastąpić przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej lub też przed czynnością unieważnienia postępowania. Realizacja praw z gwarancji z tego tytułu spowoduje, że zwrot dokumentu gwarancji, o którym mowa w kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu gwarancji, stanie się bezprzedmiotowy. Nie ma uzasadnionych podstaw by twierdzić, że zamawiający w takim przypadku w pierwszej kolejności unieważnia postępowanie, a dopiero w dalszej kolejności zatrzymuje wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Czynność unieważnienia postępowania jest ze swej natury ostatnią czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić też należy, że określenie „niezwłocznie” oznacza „bez zbędnej zwłoki” w danych obiektywnych warunkach i w danej konkretnej sytuacji. Oznacza to, że przed zwrotem dokumentu (oryginału) gwarancji na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, zamawiający w warunkach, określonych w art. 46 ust. 4a, na mocy omawianego dokumentu gwarancji, jest uprawniony do skorzystania z gwarancji w pierwszej kolejności.

Art. 67 ust. 1 pkt 1b

108. Sygn. akt: KIO 2769/12, KIO 2774/12, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2013 r.

Izba uznała, że Odwołujący (...) nie wykazał, iż jest jedynym podmiotem, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw wyłącznych może wykonać zamówienie w spornym zakresie, co uzasadniałoby zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Odwołujący (...) swoje stanowisko oparł na częściowym wykonaniu przez siebie prac związanych z budową magazynu soli w ramach poprzednio zawartej umowy, której zakończenie i dokonanie rozliczenia poniesionych kosztów zostało uniemożliwione wskutek rozwiązania umowy z generalnym wykonawcą robót – Konsorcjum (...). Z tego względu i z uwagi na okoliczność, że przedmiotowe postępowanie dotyczy kontynuacji bu-

dowy autostrady A 4 Tarnów Rzeszów realizowanej przez Konsorcjum (...) i obejmuje swym zakresem wyłącznie niewykonaną część zamówienia poprzedniego, zdaniem Odwołującego (...), roboty związane z budową magazynu soli powinny być powierzone wyłącznie jemu, z uwzględnieniem już wykonanych prac.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, aby okoliczność, że Odwołujący (...) wykonał część prac, tj. sporządził dokumentację wykonawczą oraz przygotował materiały do wykonania robót (konstrukcja dachowa i konstrukcja wrót drewnianych magazynu soli) decydowało o zaistnieniu przesłanki przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przyczyny te muszą być tego rodzaju, aby obiektywne względy uzasadnione kryterium technicznym wymuszały konieczność udzielenia zamówienia konkretnemu podmiotowi. Podmiot ten musi być zatem jedynym, który ze względów technicznych jest w stanie zamówienie wykonać. Okoliczności podane powyżej nie spełniają powyższej przesłanki. Stanowią one tylko określone okoliczności faktyczne związane ze sposobem realizowania poprzedniego zamówienia, pozostając tym samym bez związku z kryterium technicznym o obiektywnym charakterze.

Art. 82 ust. 1

109. Sygn. akt: KIO 628/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że spór koncentruje się wokół zagadnienia, czy podanie dwóch różnych cen za ten sam element robót – ekrany akustyczne, powoduje, że mamy do czynienia z dwoma ofertami. Zdaniem Izby, ryczałtowy charakter ceny oraz wskazanie w pkt 2 Formularza ofertowego na jedną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia powoduje, że brak podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach niniejszej sprawy złożono dwie oferty, opiewające na dwie różne ceny.

Art. 82 ust. 2

110. Sygn. akt: KIO 2902/12, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

Co do *meritum* zarzutu, Izba zgodziła się z argumentacją Odwołującego i stwierdziła, że oferta Przystępującego jest niepodpisana. Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający oraz Przystępujący powoływali się na pojęcie oferty w sensie ścisłym i w sensie szerokim (pojęcia te są doniosłe dla badania statusu oferty w postępowaniu – zasadą jest, że to pisemna oferta *sensu stricte* może być podstawą do badania pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ). Rozróżnienie takie od lat funkcjonuje w doktrynie i orzecznictwie, jednak nie można znaczenia tych pojęć przypisywać z góry do określonych rodzajów dokumentów – np. nie można kategorycznie stwierdzić, że w każdym postępowaniu jedynie formularz oferty to oferta w sensie ścisłym; niejednokrotnie zdarza się, że treść oferty *sensu stricto* jest zamieszczona w różnych dokumentach składanych „wraz z ofertą”. Ze sformułowania „składanie dokumentów wraz z ofertą” nie można wywodzić, że tylko formularz oferty jest ofertą, a pozostałe dokumenty to „jedynie” załączniki o mniejszej randze (i w związku z tym np. nie muszą być podpisane). Równocześnie nie można również twierdzić, że wszystko to, co jest składane w postępowaniu w terminie składania ofert, zwykle w zamkniętej kopercie, jest ofertą i podlega takiemu reżimowi, jak oferta *sensu stricto*. O przypisaniu dokumentu do określonej kategorii decyduje nie jego postać, wygląd, ale wyłącznie treść – badana w kontekście postanowień SIWZ pozwala na ustalenie znaczenia i rangi dokumentu dla postępowania.

W świetle przytoczonych wyżej postanowień SIWZ, nie ulega wątpliwości, że projekt koncepcyjny, który należało złożyć w terminie składania ofert, był treścią oferty w znaczeniu ścisłym: określał sposób spełnienia świadczenia, obok oznaczenia wykonawcy i ceny w formularzu ofertowym, istotny (zasadniczo – najistotniejszy, decydujący o przyszłym wyglądzie centrum K.) element treści oferty. Projekt koncepcyjny był oceniany pod względem zgodności

treści oferty z treścią SIWZ – nie było to zasadniczo sporne, ponieważ za rzekome braki w projekcie koncepcyjnym Odwołującego jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a więc ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.(...) Fakt, że projekt koncepcyjny jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego nie tamuje możliwości jego podpisania. Zamawiający twierdził na rozprawie, że bez oznaczenia pochodzenia utworu łatwiej obiektywnie ocenić jego wartość – jednak wskazać trzeba, że po pierwsze niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia nie było konkursem, a po drugie – w konkursie złożone prace są oznaczone w sposób umożliwiający przypisanie ich konkretnym twórcom (zidentyfikowanie autorów poprzedzone jest procedurą odkodowania zanonimizowanego symbolu – godła).

Braku pisemności oferty nie można w żaden sposób konwalidować – przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują możliwości uzupełnienia podpisu pod ofertą. Nie ma wbrew twierdzeniom Przystępującego możliwości uznania w tym postępowaniu treści oferty – projektu koncepcyjnego za rodzaj „próbki” i wezwania do jej uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona.

Art. 82 ust. 3

111. Sygn. akt: KIO 2845/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Zgodnie z hipotezą normy prawnej uregulowanej w art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Nie ulega wątpliwości, iż przepis ten wyraża w sobie normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogens*). W treści powyższego przepisu istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu „musi odpowiadać”, co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ istnieć powinna tożsamość merytoryczna – funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny wskazać należy, iż zgodnie z ujętym w jej treści nakazem, skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści SIWZ. Treść oferty nie może również ograniczać się do możliwości stwierdzenia braku sprzeczności z treścią SIWZ, ale również musi być na tyle pojemna, aby wykazać jej bezpośrednią zgodność z jej treścią.

Art. 87 ust. 1

112. Sygn. akt: KIO 2772/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.

Ustawodawca dozwala zatem zmianę treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę samodzielnie przez wykonawcę wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Ingerencja w treść oferty po upływie tego terminu może nastąpić wyłącznie przez zamawiającego i to w wyjątkowych sytuacjach spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 Pzp. Opisywany stan prawny nie prowadzi do oceny, jak twierdzi odwołujący, że wykonawca po upływie terminu składania ofert nie może zmienić swojej oferty, lecz do ustalenia, że ustawodawca nie zezwala poza wyjątkowymi sytuacjami na zmianę treści oferty w ogóle, a zmiana dokonana przez wykonawcę wiąże się zawsze z negatywnymi skutkami. Zmienione oświadczenie woli stanowi w istocie nową ofertę, co jako naruszające art. 82 ust. 1 Pzp prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z wyjaśnień z 21 listopada 2012 r. wynika, że odwołujący zmienił treść swojego oświadczenia woli po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne. Zamawiający w piśmie z 16 listopada 2012 r. oczekiwał od odwołującego podania algorytmu, jakim odwołujący

się posłużył sporządzając ofertę – jako, że oczywiste zdziwienie budzi, że wyższej marży w ofercie odwołującego towarzyszy niższa wysokość miesięcznej raty leasingowej i niższe koszty finansowania. Tymczasem w odpowiedzi nie otrzymał wyjaśnień, lecz dane, których zastosowanie – jak przyznał sam odwołujący – doprowadziło do ustalenia, po upływie terminu składania ofert, marży w innej wysokości, niż wskazana w ofercie. Odwołujący nie wyjaśnił zatem swojej oferty, lecz zmienił jej treść.

Wyjaśnienia treści oferty – co jednolicie przyjmuje piśmiennictwo i orzecznictwo – stanowią rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy – oferty. Służą wyjaśnieniu niecisłości, niejasności zaistniałych w treści oferty. Wyjaśnienia w żadnym razie nie mogą prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, która nie znajduje oparcia w jej treści dotychczasowej. Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień kreujących nową treść oferty nie jest – zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa – dozwolonym wyjaśnieniem oferty przez wykonawcę, lecz negocjacjami jej treści zakazanymi art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp.

113. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Izba wskazuje, odnosząc się do argumentacji Odwołującego niezastosowania wyjaśnień treści oferty przez Zamawiającego, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązkowi, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Niewątpliwie Odwołujący składając wyjaśnienie dokonałby analizy sytuacji jak uczynił to w odwołaniu co pozwoliłoby Zamawiającemu na dokonanie poprawy omyłek w zakresie dopuszczalnej korekty oferty według przesłanek enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy co stanowi kanon stosowania art. 87 ust. 1 ustawy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09) a co zostało potwierdzone w orzeczeniu Izby w rozpoznawanej sprawie.

114. Sygn. akt: KIO 43/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający określił szczegółowo w SIWZ kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. Kryteria te były jasne i przejrzyste. Ilość punktów uzyskanych przez ofertę obliczana miała być według podanego wzoru. To właśnie w oparciu o nie (kryteria określone w SIWZ) miał być dokonany wybór najkorzystniejszej oferty. W niniejszym

stanie faktycznym dwóch wykonawców, a mianowicie wykonawca X (opcje nr 1–8) i wykonawca Y (opcje nr 7–8), zaoferowało w ramach wymaganych opcji ceny w wysokości „0,00 zł brutto”. Powyższe spowodowało niemożność skutecznego obliczenia punktów przyznanych wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zastosowanie przewidzianego wzoru, w tym konkretnym stanie faktycznym, skutkowałoby bowiem – co zgodnie podnosiły strony – zarówno mnożeniem przez zero, jak i wymagałoby dzielenia przez zero, a więc dokonania działania matematycznego niemożliwego do wykonania. Zamawiający nie przewidział bowiem w SIWZ, opisując kryteria oceny ofert i tworząc w tym celu wzory matematyczne, iż w ramach opcji wykonawca zaproponuje cenę w wysokości „0,00 zł brutto”. Tymczasem zamawiający, pismem z dnia 31 grudnia 2012 r., dokonał zmiany treści oferty wykonawcy X (opcje nr 1–8) i wykonawcy Y (opcje nr 7–8), którzy dla wskazanych w ofercie opcji zaoferowali cenę w wysokości „0,00 zł brutto”, na cenę w wysokości „0,01 zł brutto”, uzasadniając to tym, iż „zmiana ta nie stanowi zmiany istotnej treści ofert tych wykonawców i jest jedynie założeniem służącym wyłącznie do dokonania matematycznej oceny ofert, zgodnie z przyjętym w SIWZ sposobem obliczenia wartości punktowej”, a więc i opisanych w SIWZ kryteriów. Okoliczność tę, a więc możliwość zaoferowania ceny w wysokości 0,00 zł brutto, zamawiający powinien był uwzględnić przygotowując to konkretne postępowanie. Tak powinien był ustalić kryteria oceny ofert, aby możliwym było porównanie ofert także wówczas, gdy wykonawca zaoferuje cenę 0,00 zł. A ponieważ tego nie uczynił to na obecnym etapie postępowania jest zobowiązany dokonać wyboru oferty w oparciu o wcześniej ustalone i zapisane w SIWZ kryteria, w tym konkretny wzór matematyczny. Tym samym dokonana przez zamawiającego zmiana treści ofert złożonych przez dwóch wykonawców (wykonawcę X i wykonawcę Y) nie powinna mieć miejsca. Dotyczyła ona bowiem zaoferowanej przez nich ceny w ramach określonych opcji, a więc istotnego elementu treści złożonych ofert. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty, z zastrzeżeniem sytuacji wymienionych w ustępie 2 tego artykułu. W myśl tego przepisu (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp) możliwa jest jedynie zmiana treści oferty będącej skutkiem poprawienia w jej tekście oczywistej omyłki pisarskiej, omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny lub innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a żadna z tych okoliczności w niniejszym stanie faktycznym nie nastąpiła. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający, dokonując poprawienia cen zaoferowanych przez dwóch wykonawców w ramach poszczególnych opcji dokonał istotnych zmian treści oferty, będących istotnymi elementami przyszłej umowy. W kontekście powyższego dokonana poprawa treści dwóch ofert, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie może być potraktowana jako czynność jedynie techniczna. Czynność ta – jak słusznie podnosili odwołujący i przystępujący – ma bowiem wpływ na wynik tego postępowania. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zamawiający nie był uprawniony do dokonania czynności opisanej w piśmie z dnia 31 grudnia 2013 r., a więc poprawienia cen dotyczących opcji w ofertach dwóch wykonawców.

115. Sygn. akt: KIO 76/13, KIO 77/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.

Izba zważyła, że z faktu złożenia zamawiającemu, wraz z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na jej cenę, ofert potencjalnych podwykonawców, nie wynika zmiana zamiaru samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia wyrażonego przez odwołującego w pkt 9 formularza ofertowego. Również ze sformułowań „potencjalnych podwykonawców” lub „prace zlecane” użytych w wyjaśnieniach nie wynika jednoznacznie, że odwołujący nie wykona samodzielnie całości przedmiotu zamówienia. „Potencjalny” zgodnie z definicją słownikową to taki, który może wystąpić lub pojawić się w określonych warunkach. Można zatem przyjąć, że odwołujący badał, a nawet zabezpieczył ewentualną możliwość wykonania zamówienia przy pomocy współpracujących z nim przedsiębiorców, a ich oferty przedstawił zamawiającemu na okoliczność wykazania prawidłowości obliczenia ceny własnej oferty, jej zgodności z realiami rynkowymi.

116. Sygn. akt: KIO 329/13, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2013 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała zarzut ten za zasadny. Należy wskazać, iż odrzucenie przez zamawiającego oferty winno być poprzedzone badaniem, w którego toku zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Oczywistym jest, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty jednakże w sytuacji stwierdzenia wewnętrznej sprzeczności oferty czy też niejasności co miało miejsce w przedmiotowej sprawie nie może ona skutkować automatycznym jej odrzuceniem. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający mógł i winien był zmierzać do ustalenia rzeczywistej treści oferty. Wobec stwierdzenia, iż kwota wyrażona słownie została poprzedzona inną kwotą wyrażoną liczbowo zamawiający winien był tą niejasność wyjaśnić. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż wyjaśnienie powyższej sprzeczności dotyczyło elementu nie mającego najmniejszego wpływu na cenę oferty. W ocenie Izby prawidłowa wykładnia oświadczenia woli z uwzględnieniem zasad wynikających z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego winna była prowadzić do ustalenia, iż w pkt 4.3. ppkt 3 prawidłowo wyrażona została kwota słownie, natomiast błąd wkradł się w poprzedzającą ją kwotę wyrażoną cyframi. Za takim stanowiskiem przemawiają okoliczności złożenia tego oświadczenia, fakt, iż w poprzedzających pozycjach (pkt 4.1 oraz pkt 4.2) formularza ofertowego odwołujący również wskazał kwotę 1.500,00 zł zarówno słownie jak i liczbowo. W ocenie Izby, do kategorii zwyczaju należy zaliczyć powszechne przyjmowanie w przypadku rozbieżności za prawidłową kwotę wyrażoną słowami. Tym samym za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 82 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3**117. Sygn. akt: KIO 2813/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.**

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

118. Sygn. akt: KIO 2791/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Poprawianie omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego i może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty. Na podstawie ww. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne jest dokonanie takich zmian w treści oferty w sytuacji, jeżeli

z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty lub nie dotyczy istotnych postanowień oferty. W orzecznictwie KIO za utrwalony uznaje się pogląd, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Z treści oferty powinien jednoznacznie wynikać zatem zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami specyfikacji, a zamawiający na podstawie treści oferty posiada dane niezbędne do dokonania poprawy stwierdzonej omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Stwierdzenie przez zamawiającego, że niezgodność treści oferty z treścią siwz nie stanowi omyłki lecz świadome i celowe działanie wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, w danym stanie faktycznym Izba uznała, że przeklejenie fragmentu opisu jednej pozycji do innej, w formularzu zawierającym 261 stron stanowi omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Omyłkowo wpisany fragment jest wycięty z opisu innej pozycji, który nie ma żadnego merytorycznego związku z funkcjonalnością opisaną w poz. 60 ppkt 15 tabeli. Ten fakt potwierdza, że zmiana opisu tej pozycji w ofercie była niezamierzona przez wykonawcę i nie stanowi zaferowania innej funkcjonalności, co twierdził odwołujący. Należy przy tym dodać, że odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c. nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, że działanie wykonawcy w tym zakresie było celowe i świadome. (...)

W konsekwencji Izba uznała, że błędny opis jednej z pozycji zawartych w załączniku nr 9 do siwz ma charakter omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W omawianym przypadku, w zakresie nieprawidłowego opisu ww. pozycji 60 tabeli pkt 15 w ofercie, uzasadnione było zastosowanie przez zamawiającego trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Uzyskane w tym trybie wyjaśnienia pozwoliły zamawiającemu na dokonanie prawidłowej oceny pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w celu doprowadzenia treści oferty do zgodności z siwz. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie spowodowały wprowadzenia do oferty nowej treści i nie stanowiły w związku z tym niedozwolonych negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

119. Sygn. akt: KIO 2850/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego, Izba uznała, że istnieją podstawy do zastosowania instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a Zamawiający pochopnie zaniechał jej zastosowania względem oferty Odwołującego. Zaistniała sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ i to wyłącznie taka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Należy także stwierdzić, że celem wprowadzenia przez Ustawodawcę niniejszego przepisu było uniknięcie sytuacji, gdy drobne błędy skutkowałyby odrzuceniem prawidłowej merytorycznie oferty.

Względem kwestii, że Zamawiający nie dysponował wiedzą, w jaki sposób należało poprawić ofertę Odwołującego, czy też odnośnie jego rzeczywistego zamiaru, właściwym wydaje się zauważyć, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (str. 9 cz. II, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), nie należało przekroczyć kwoty 199 PLN, tzn. opłaty za jeden telefon oraz modem, wynika więc z tego określony narzucony sposób poprawy „innej omyłki” (na który Wykonawca zgodził się w ramach oświadczenia ogólnego). Jeśli Wykonawca nie zgadzałby się na taki rodzaj poprawy (oświadczenia szczegółowego) w terminie 3 dni Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nie ma więc konieczności ustalania wiążącej wykładni w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a Zamawiający może dokonać stosownej poprawy samodzielnie. (W tym zakresie Izba jedynie sygnalizuje,

że część orzecznictwa opierając się na stanowisku Sądu Okręgowego w Suwałkach, tj. wyrok z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09 dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp).

120. Sygn. akt: KIO 27/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).

121. Sygn. akt: KIO 49/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.

Zamawiający zakwestionował, w tym przypadku, ofertę Odwołującego i odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodną ze specyfikacją z uwagi na *de facto* brak powtórzenia w polu „cena jednostkowa” ceny miesięcznej netto podanej w tym formularzu. Izba mając na względzie, orzecznictwo oraz doktrynę i kierunek interpretacji przepisów ustawy Pzp, stwierdza, że nie każde pominięcie pozycji w formularzu ofertowej musi oznaczać niezgodność treści oferty ze specyfikacją, niepodlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym w konsekwencji nie zawsze skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i brak zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest zasadny. Zastosowanie, bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegałoby niewątpliwie – zgodnie z interpretacją Zamawiającego – na przeniesieniu do spornego pola, wielkości przypisanej dla wynagrodzenia miesięcznego i ta czynność z pewnością nie powodowała by żadnych – a tym bardziej istotnych – zmian w treści oferty Odwołującego.

122. Sygn. akt: KIO 13/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r.

W pierwszej kolejności niewątpliwie zgodzić należy się z Zamawiającym, że samodzielnie nie jest on uprawniony do domniemywania jaka jest rzeczywista treść złożonych ofert. Jednakże postanowieniami art. 87 ust. 2 ustawy Pzp dopuszczono możliwość oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian

w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie przez dopuszczenie poprawienia takich błędów i omyłek. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Bezspornym jest, że oferta złożona w zadaniu nr 8 przez Odwołującego w treści załącznika – formularza cenowego – nie odpowiada treści SIWZ, przez pominięciem wyceny jednej pozycji w tymże formularzu. W ocenie Izby jednakże nie można sytuacji powyższej wiązać z wystąpieniem w ofercie błędu w obliczeniu ceny, który kwalifikuje ofertę do odrzucenia, a jedynie w wystąpieniu innej omyłki, którą przy zastosowaniu reguł wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę wszystkie oświadczenia złożone wraz z ofertą przez wykonawcę i wszystkie dane wynikające z pozostałej treści oferty interpretowane łącznie, można naprawić.

**123. Sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12,
Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.**

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).

124. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

(...) stwierdzić należy, że niewątpliwie próbki kopert stanowiły element treści oferty bezpośrednio służący weryfikacji jej zgodności z treścią s.i.w.z. w zakresie niepowodowania zacięć w maszynie kopertującej o wydajności 20 tys. kopert na godzinę. Tymczasem niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. mogą podlegać skorygowaniu wyłącznie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 pzp, przy czym w okolicznościach sprawy potencjalnie można rozważać tylko inną omyłkę, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jednak nie sposób zastosować poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro nie doszło do żadnej omyłki i Odwołujący przedstawił do testów takie koperty, jakie chciał zaferować, a w dodatku konsekwentnie podtrzymuje, że są one zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

**125. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13,
Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.**

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., mieszczących się w pojęciu omyłki.

W rozpoznawanym przypadku istota zagadnienia sprowadza się do „pojmowania i wykładni” przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3. Należy przy tym pamiętać, że w każdym przypadku, w którym ustawodawca w danej normie prawnej używa tzw. klauzuli ogólnej lub zwrotu niedookreślonego będzie pojawiał się problem „pojmowania i wykładni zapisu ustawy”. Stwierdzić należy, że stosowanie wskazanej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego. (...)

Izba nie zgadza się z odwołującym się, iż obowiązkiem zamawiającego było poprawienie zgłoszonej omyłki poprzez korektę ilości dni przedstawionych w formularzu ofertowym z 1000 na 3500. Należy zauważyć, że przy uwzględnieniu prawidłowej wartości ceny jednego osobodnia, tj. 1250,00 zł zamawiający winien był poprawić łączną cenę za usługę rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni) z kwoty 1.250.000 zł na 4.375.000,00 zł.

126. Sygn. akt: KIO 476/13, KIO 495, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013 r.

Izba stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego X) i ok. 0,12 % ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego Y). Omyłki dotyczyły nieznacznej ilości pozycji przedmiarowych (odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu). Po drugie, poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiegokolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców. Będzie wynikiem zwykłego przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe(...)

Jednocześnie brak było podstaw do przypuszczenia, że omyłki były wynikiem celowego działania wykonawców. Jak wyjaśnił odwołujący X omyłka w zakresie ilości robót w pozycji 10, w której zamiast ilości „6” wskazano „2”, wynika najprawdopodobniej z automatycznego przeniesienia ilości „2” z poprzedniej, tj. 9 pozycji kosztorysu. W przypadku odwołującego Y omyłki wynikły z faktu przepisywania przez osobę przygotowującą ofertę przedmiaru robót. Z powyższego wynika, że zamiarem obu wykonawców objęte było zaoferowanie całości przedmiotu zamówienia, odpowiednio w części II i I przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika również z formularzy ofertowych złożonych przez obu wykonawców, w których złożyli oni oświadczenie, że ich oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia są zgodne z zakresem określonym w SIWZ, dokumentacją przetargową, wizją lokalną i wzorem umowy.

127. Sygn. akt: KIO 478/13, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013 r.

(...) stwierdzić należy, iż harmonogram rzeczowo-finansowy stanowił treść oferty danego wykonawcy, a jego niewypełnienie w sposób zgodny z wymogiem zamawiającego (brak wypełnienia wiersza dotyczącego fakturowania) powoduje, iż treść oferty tego wykonawcy (odwołującego) jest niezgodna z treścią SIWZ. Brak ten – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten daje bowiem możliwość poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, a mianowicie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy

mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W niniejszym stanie faktycznym jest to niemożliwe. Zamawiający nie ma bowiem możliwości zweryfikowania wysokości należności wykonawcy w poszczególnych okresach rozliczeniowych. W treści przedłożonego harmonogramu nie wskazano bowiem wysokości należności za poszczególne etapy i elementy realizowane w poszczególnych okresach rozliczeniowych (miesiąc 1, miesiąc 2 itp.), opisu dokonując jedynie graficznie. Nie można więc w sposób jednoznaczny ustalić na jaką kwotę w danym okresie rozliczeniowym (np. miesiącu 1) wykonawca wystawi fakturę, a więc czy prace przewidziane na poszczególne okresy rozliczeniowe będą identycznie wyceniane w każdym z okresów rozliczeniowych, czy też będą one różne w zależności od zaangażowania na danym etapie postępowania. Tym samym niemożliwym jest poprawienie treści harmonogramu w taki sposób jak oczekuje tego odwołujący.

128. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

Izba uznała również, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że brakujące etapy zostały „uwzględnione” w HRF, nawet gdyby przyjąć wbrew wymaganiom siwz, że nie musiały być literalnie wyrażone w harmonogramie. Odwołujący nie wykazał, w których pozycjach harmonogramu zostały one uwzględnione. Podkreślić też należy, że etapy powyższe podlegały wycenie, a tym samym stanowiły podstawę do rozliczenia wykonanych prac w ramach Kontraktu, co świadczy o ich istotnym znaczeniu z punktu widzenia treści oferty. Z tego też względu, Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że poprawa treści oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest możliwa, ponieważ zamawiający nie może dokonać samodzielnie wyceny tych etapów, bez uzyskania stosownych informacji od wykonawcy.

129. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.

Izba zanalizowała także, czy brak środka mógł być potraktowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, tj. czy nie podlegał poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. (...)

W badanej sytuacji w ofercie odwołującego nie ma niezgodności z treścią siwz, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ale jest brak, który mieści się w pojęciu nie odpowiadania przez treść oferty treści siwz. Braku tego nie da się naprawić, bo w ofercie nie ma jakichkolwiek danych pozwalających na ustalenie, że zaofierowano wymagane mydło w płynie do pojemników (...). Tym samym zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty i prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

130. Sygn. akt: KIO 22/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

Fakt jest bezsporny, wynika z odwołania, został potwierdzony na rozprawie i jako przyznany nie wymaga dowodu (art. 190 ust. 5 ustawy). Zatem, nie ma wątpliwości, w ocenie Izby, że oferta Odwołującego jest ofertą warunkową, jakiej nie przewidują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowienia SIWZ w postępowaniu, którego dotyczy rozpoznane odwołanie. W pkt 9 SIWZ pn. Opis sposobu przygotowania oferty, Zamawiający postanowił, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych, alternatywnych, częściowych (pkt 9.4, 9.5). W pkt 9.6 SIWZ zamieścił wymóg o treści: Wykonawca składa tylko jedną ofertę zawierającą jedną jednoznacznie opisaną propozycję dotyczącą przedmiotu zamówienia w jednym egzemplarzu.

Mając na uwadze przepis art. 82 ust. 3 ustawy oraz pkt 9.6 SIWZ, Izba uznała, że oświadczenie Odwołującego przesądziło, że oferta została złożona pod warunkiem, o jakim stanowi art. 89 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp (ustanie skutków czynności prawnej uzależnione od zdarzenia przyszłego). Złożenie oferty pod warunkiem jest niezgodne ze

wskazanymi przepisami ustawy i postanowieniami SIWZ, zatem Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Odwołującego ze skutkiem jej odrzucenia, nie narusza przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

131. Sygn. akt: KIO 2753/12, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r.

Izba wskazuje jednak, że nie ma ogólnej zasady prawnej odnoszącej się do harmonogramów załączonych do oferty. Ocena charakteru harmonogramu, jego znaczenia, oraz ocena wagi jego poszczególnych niezgodności z treścią SIWZ każdorazowo zależy od konkretnego stanu faktycznego danej sprawy.

132. Sygn. akt: KIO 2799/12, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.

Rozstrzygając w przedmiocie podniesionych zarzutów, Izba uznała, iż brak przypisania poszczególnych rozmiarów zszywek do rozmiarów staplera, nie stanowił o merytorycznej niezgodności treści oferty ze specyfikacją. U podstawy takiej oceny legło przekonanie Izby, iż zaoferowany stapler oraz rozmiar części dostępnych zszywek spełniał wymagania Zamawiającego. Przekonanie to wynikało przede wszystkim z braku negatywnego stanowiska Zamawiającego, co do zgodności urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia. Z karty katalogowej, stanowiącej element oferty wynikało, iż co najmniej trzy z czterech rozmiarów zszywek dostępnych w urządzeniach, mieściły się w parametrach Zamawiającego. Ponieważ w tym zakresie oferta nie podlegała ocenie w kryterium oceny ofert, brak przypisania właściwego rozmiaru zszywek do modelu staplera (jego rozmiaru), stanowił element oferty, co do którego możliwe było złożenie wyjaśnień przez Odwołującego. Izba uznała, iż brak przypisania rozmiarów zszywek wskazanych w ofercie do modeli staplerów nie stanowił o niezgodności merytorycznej oferty, tj. niezgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami Zamawiającego. Uzupełnienie brakującej informacji nie zmieniałoby zaoferowanych staplerów, jak i dostępnych rozmiarów zszywek, a jedynie rozwiewałoby wątpliwość, co do wysokości zszywek, jakie mogą być użyte w danym urządzeniu i pozwalałoby na dokonanie prawidłowej oceny oferty, bez konieczności ingerencji Zamawiającego w jej treść.

133. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy – zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą – są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp. Brak ponumerowania wszystkich stron, jak i błędne podanie liczby stron oferty, na których złożono ofertę, nie wpływa bowiem na jej zawartość treściową i nie skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odrzuceniu na tej podstawie nie podlega także oferta, która nie została oprawiona ani też trwale zszyta, mimo wskazania w treści SIWZ sposobu przygotowania oferty (oprawienia, trwałego zszywania), gdyż brak ten stanowi jedynie uchybienie co do formy, a nie treści oferty. Nie każda bowiem niezgodność oferty z SIWZ skutkuje koniecznością jej odrzucenia. Obowiązek taki powstaje tylko w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodności takiej nie stanowi więc naruszenie wymogów SIWZ dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w szczególności dotyczących jej formy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

134. Sygn. akt: KIO 2916/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.

Z powodu zaferowania oprocentowania kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 0,00% zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Od tego odwołał się odwołujący i stwierdził, że przywołane przez zamawiającego postanowienia SPECYFIKACJI nie mogą być traktowane jako żądanie podania oprocentowania powyżej 0%, a jedynie wskazują na sposób obliczenia ceny, w którym – w odniesieniu do ceny kredytu, jako składnika oferty – wskazano, że stopa WIBOR powinna zostać przemnożona przez oferowany przez wykonawcę procent stopy WIBOR oraz kwotę wykorzystywanego kredytu i okresu wykorzystywania. Odwołujący stwierdził, że z żadnego postanowień specyfikacji nie wynika, że zakaz przyjęcia przez wykonawcę oferowany odsetka stopy WIBOR w wysokości 0%, a w konsekwencji nie jest sprzeczne z przepisami prawa ani postanowieniami specyfikacji ustalenie całego oprocentowania kredytu na 0,00%, co wynika mnożenia przez „0”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 69 ust. 2 pkt 5 Pb [ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.) – przyp. red.] nie wymaga aby w umowie kredytu było zawarte postanowienie o oprocentowaniu kredytu wyższym niż 0%, a tylko przepis ten stanowi o zawarciu w umowie wysokości oprocentowania. Przywołany przez zamawiającego wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r. (sygnatura akt: I CSK 46/11) stwierdził, że oprocentowanie ani klauzula dotycząca zmiany oprocentowania nie mogą być blankietowe, co oznacza, że powinny dokładnie wskazywać procent, ale wyrok Sądu Najwyższego nie odnosi się do minimalnego poziomu oprocentowania i nie można z tego wyroku wyciągać wniosku, że oprocentowanie musi być określone na poziomie wyższym niż 0,00%.

135. Sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Rozpatrując powyższy zarzut Izba wskazuje, że zgodnie z treścią Rozdziału VII pkt II.1 ppkt 1.2.1; 2.2 i 3 Zamawiający postanowił, że „punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Tym samym, przedmiotem sporu pomiędzy stronami i przystępującymi jest kwestia sposobu obliczenia wyniku procentowego wg. podanego w SIWZ wzoru i ustalenia czy należy przyjąć najbardziej dokładny wynik poprzez jego zaokrąglenie czy też przybliżony wynik dzielenia, poprzestając na odcięciu powyżej dwóch miejsc po przecinku, kolejnych liczb.

Należy wskazać, że zarówno w europejskim, jak i polskim systemie prawnym kwestia zasad ustalania wyniku obliczeń z dokładnością do określonej ilości miejsc po przecinku jest kwestią sporną. W tym zakresie umownie obowiązują dwie zasady ustalania dokładności wyliczeń. Jeśli chodzi o ceny i kwoty wyrażone w PLN, to obowiązuje zasada, jak i przepisy, iż wynik jest zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku. Drugi sposób polega na ustaleniu takiej precyzji obliczania, która najczęściej pojawi się na ekranie urządzenia obliczającego, czyli poprzez odcięcie kolejnych liczb powyżej zakładanej dokładności. Tym samym można jednoznacznie stwierdzić, że czym innym będzie ZAOKRĄGLENIE, a co innego WYŚWIETLANIE z zadaną ilością cyfr po przecinku. (...) podany jest algorytm, według którego zaokrąglane są kwoty na fakturach: „Kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.” Innych kwestii przepisy wprost nie regulują. Odnosząc się do powyższych ustaleń i stanowisk stron i uczestników, zdaniem Izby zasadne jest przyjęcie stanowiska, że, aby ustalać wynik do określonej ilości miejsc po przecinku dokonując zaokrąglenia ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie stwierdzenia, że „wynik zaokrągla się”. W innym przypadku brak jest przeszkód aby ustalić wynik do dwóch miejsc po przecinku poprzez odcięcie trzeciej i kolejnej cyfry.

W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w opinii prof. P. iż Odwołujący oparł swój wywód na niewłaściwej interpretacji sposobu wykonania obliczeń z zadaną dokładnością przeciwstawiając temu sposobowi zasadę prezentacji wyniku z określoną liczbą miejsc po przecinku, dokonując w tym celu zaokrąglenia wartości, którą otrzymać można w wyniku przeprowadzenia obliczenia z większą dokładnością niż była wymagana. Tym samym, biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ za niezasadny należy uznać zdaniem Izby zarzut Odwołującego, że obliczony przez Zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu.

136. Sygn. akt: KIO 140/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.

Zamawiający, który dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – może następnie co najwyżej argumentować i dowodzić, że konkretne okoliczności danego przypadku uniemożliwiały usunięcie stwierdzonej sprzeczności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – a nie twierdzić, że w ogóle przepis ten nie znajduje zastosowania, gdyż nie było sprzeczności pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z. Skoro Zamawiający uznaje oświadczenie dotyczące wskazania części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy za treść oferty Odwołującego, to nie może jednocześnie uważać, że w tym zakresie nie mogło dojść do sprzeczności z treścią s.i.w.z.

137. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Stanowisko swoje w tym zakresie odwołujący oparł w oparciu o treść kosztorysów ofertowych złożonych przez tych wykonawców, których w ocenie Izby, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podniósł do rangi treści oferty. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcy zobowiązani byli do opracowania kosztorysów ofertowych metodą uproszczoną w oparciu o jedynie pogładowe przedmiary, co do których zamawiający wielokrotnie zastrzegł, iż nie mają charakteru wiążącego a jedynie charakter pomocniczy. (...) Bez wątplenia zwrotu „zawartość oferty” w niniejszym postępowaniu nie można utożsamiać z pojęciem „treść oferty”. Trudno uznać za treść oferty choćby dowód wniesienia wadium, który zamawiający również zakwalifikował do zawartości oferty.

138. Sygn. akt: KIO 217/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp czyni podstawą odrzucenia oferty nieodpowiedanie treści oferty treści s.i.w.z., co jest odwrotnością stanu wymaganego zgodnie z art. 82 ust. 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności.

139. Sygn. akt: KIO 227/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

Bezspornym jest, iż w treści SIWZ zamawiający zamieścił wymóg załączenia przez wykonawcę do składanej przez niego oferty każdego z załączonych do SIWZ załączników, żądając jednocześnie, aby w sytuacji, gdy dany załącznik nie dotyczy danego wykonawcy, mimo to załączyć go do oferty i zamieścić na nim adnotację „nie dotyczy”. Bezspornym jest także, iż wykonawca (...) samodzielnie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak również, iż nie złożył wraz z ofertą załącznika nr 3, dotyczącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pełnomocnictwa konsorcjalnego). Istotnie jest to uchybienie, jednak tego rodzaju uchybienie nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy (...), gdyż jest to jedynie uchybienie co do formy, a nie treści oferty. Uchybienia dotyczące niezgodności treści oferty danego wykonawcy z treścią SIWZ, a więc takie, które mogłyby być przyczyną uzasadniająca odrzucenie oferty wykonawcy winny być merytoryczne oraz istotne. Takiej przyczyny niewątpliwie nie stanowią uchybienia formalne.

140. Sygn. akt: KIO 242/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

W tym zatem zakresie nie można mówić o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. U podstaw takiego twierdzenia i ustalenia Izby stoją dwie okoliczności istotne dla niniejszego postępowania o zamówienie publiczne – po pierwsze to, że Zamawiający nie nadał wymaganemu w ofercie dokumentowi rangi istotnej treści oświadczenia woli wykonawcy stanowiącego zakres świadczenia objętego niniejszym zamówieniem (ten zakres zostanie uściślony dopiero we właściwym dokumencie harmonogramu sporządzonym najpóźniej z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego), po drugie to, że w treści dokumentu projekt harmonogramu załączonego do oferty Przystępującego nie można stwierdzić jakichkolwiek niezgodności z treścią SIWZ.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że dokument harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi zakres przedmiotu świadczenia, wskazujący na oświadczenie woli wykonawcy co do istoty realizacji zamówienia (treść oferty), który to dokument jako taki nie podlega uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Można stwierdzić, że powyższe stanowi pewien standard w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można jednak w każdym przypadku przy ocenie tego dokumentu w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pominąć konkretnych postanowień SIWZ odnośnie tego dokumentu, w których Zamawiający każdorazowo w sposób bardziej lub mniej szczegółowy określi wymogi co do niego. W niniejszym postępowaniu – jak wskazano – Zamawiający w postanowieniach SIWZ przewidział, że dokument ten nie ma charakteru dokumentu, który określa zakres świadczenia.

141. Sygn. akt: KIO 310/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

(...) w pkt XIX specyfikacji, Zamawiający podał, że kryteriami oceny w tym postępowaniu jest cena – 80% oraz termin realizacji – 20%. Zamawiający wskazał również sposób obliczenia punktacji dla kryterium – termin realizacji, podając, że „Za czas wykonania zamówienia przyznana zostanie punktacja proporcjonalnie w skali od 0 do 100 punktów, gdzie każde 20 punktów oznacza skrócenie czasu wykonania zamówienia o 1 (jeden) tydzień. Maksymalny czas skrócenia czasu wykonania zamówienia to 5 tygodni, za które można uzyskać 100 pkt.” Z kolei w punkcie VIII specyfikacji podał, że „Całość zamówienia należy wykonać w terminie 12 tygodni od dnia zawarcia umowy”. Tym samym Odwołujący miał prawo przyjąć, że sporne postanowienie z punktu XIX specyfikacji dotyczy tylko sposobu obliczenia punktacji w kryterium termin realizacji i nie stanowi jednocześnie odrębnego warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie nawiązuje do punktu VIII siwz. Izba jednocześnie zauważa, że skrócenie terminu realizacji (w stosunku do terminu maksymalnego 12 tygodni) o więcej niż 5 tygodni, według ustalonych zasad punktacji, umożliwiałoby każdemu z wyko-

nawców uzyskanie wyłącznie tylko 100 punktów. Dalsze bowiem skrócenia maksymalnego terminu realizacji (ponad 5 tygodni) nie podlegało dodatkowej punktacji. Również zdaniem Izby, Zamawiający nie wskazał na inne postanowienia specyfikacji, które pozwoliłyby uznać w spornym zakresie taką interpretację, jaką przedstawiał Zamawiający w powołanych pismach, jak i w toku rozprawy. Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, że w dokumentacji przekazanej wykonawcom określony został minimalny termin realizacji zamówienia, którego skrócenie skutkowałoby „nieodpowiedniością” treści oferty, a więc jej niezgodnością z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

142. Sygn. akt: KIO 395/13, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r.

Nie stanowiło podstawy do wyciągnięcia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji zaniechanie przez wykonawcę (...) zaparafowania poprawionej numeracji załączników nr 7, 8, 9 do oferty. Zamawiający wprawdzie w Rozdziale V pkt 5.5 wskazał, iż zaleca się, aby wszystkie miejsca, w których wykonawca naniósł zmiany były parafowane przez osobę podpisującą ofertę. Jednakże ustawa Pzp nie łączy żadnych skutków prawnych z niezastosowaniem się do tego typu postanowień SIWZ o charakterze porządkowym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można odrzucić ofertę wyłącznie wtedy, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższe wskazuje za konieczność zaistnienia merytorycznej sprzeczności obu dokumentów, a nie rozbieżności natury technicznej, porządkowej. Oznacza niemożność odrzucenia oferty z powodów niemerytorycznych, sprowadzających się de facto do uchybień o charakterze pisarskim, formalnym, do których należy zaliczyć brak ponumerowania stron oferty, czy też zaniechanie zaparafowania poprawek i skreśleń.

143. Sygn. akt: KIO 413/13, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2013 r.

Oceniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zarzut należy uznać za uzasadniony. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi podstawę prawną odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli złożone przez wykonawcę zamawiającemu.

W rozpatrywanej sprawie zamawiający za podstawę faktyczną zaskarżonej czynności przyjął fakt niespełnienia przez wykonawcę (odwołującego) warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz jako wymóg doświadczenia w zakresie wykonania (wykonywania) 3 usług określonego rodzaju, w czasie co najmniej 12 miesięcy, każda o wartości brutto min. 180 000 zł, w obiektach użyteczności publicznej. Był to zatem warunek o charakterze podmiotowym oparty na przepisie art. 22 ustawy pzp odnoszący się do jego umiejętności i doświadczenia, nie zaś treść oferty rozumianej jako deklaracja wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz. Należy zauważyć, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy składają określone oświadczenia lub dokumenty wymagane postanowieniami siwz w granicach wynikających z przepisów art. 25 ustawy i rozporządzenia wykonawczego do art. 25 ust. 2 ustawy w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Brak w ofercie takich oświadczeń lub dokumentów nie oznacza niezgodności oferty z siwz lecz rodzi po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ew. 26 ust. 4 ustawy. Negatywny wynik takiej procedury także nie daje podstaw do odrzucenia oferty, lecz prowadzi do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ustawy pzp. Tym samym niezależnie od wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przy braku wezwania wykonawcy do potwierdzenia spełniania warunków udziału, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, co stało się przyczyną uznania odwołania za uzasadnione. W świetle powyższego uznając, że odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zamawiający naruszył wskazany przepis, orzeczono, jak w sentencji.

144. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że na etapie oceny ofert, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy nie mogą kwestionować treści i zasadności wymagań postawionych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących sposobu przygotowania oferty lub wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Powyższe zarzuty są spóźnione w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Ponadto, powoływanie się przez wykonawcę na niejasności treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, które jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, może budzić wątpliwości. W trybie negocjacji z ogłoszeniem specyfikacja istotnych warunków zamówienia powstała w wyniku długotrwałych negocjacji zamawiającego z wykonawcami. W trakcie prowadzonych negocjacji warunki siwz były omawiane i dyskutowane przez strony, co oznacza, że na tym etapie *de facto* treść wymagań siwz podlegała formułowaniu, wyjaśnianiu i precyzowaniu, a zatem w ocenie Izby nie powinna powodować tak zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych.

145. Sygn. akt: KIO 572/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące postępowania konkursowego, jak również postanowienia regulaminu konkursu nie zawierają podstawy do odrzucenia pracy konkursowej uczestnika postępowania konkursowego w oparciu o przepisy art. 89 ust. 1 Pzp, w tym art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, tj. ze względu na niezgodność pracy konkursowej z ustawą i niezgodność treści pracy konkursowej z wymaganiami regulaminu konkursu. W zakresie kompetencji sądu konkursowego mieści się ocena prac konkursowych według kryteriów określonych w ogłoszeniu i regulaminie konkursu, co jednak nie oznacza, że w wyniku tej oceny sąd może odrzucić prace konkursowe na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp. Przepisy ustawy Pzp regulujące przebieg postępowania konkursowego są zawarte w Dziale III ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowią przepisy szczególne. Powyższe oznacza, że stosowanie przepisów Działu II, w tym dotyczących odrzucenia oferty, musiałyby wynikać z odpowiedniego odesłania zawartego w przepisach części szczególnej. Takiego odesłania ustawa Pzp nie zawiera, a zatem w postępowaniu konkursowym zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia prac konkursowych w oparciu o przepisy art. 89 Pzp.

146. Sygn. akt: KIO 590/13, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego
- jak również sytuację, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający.

Art. 89 ust. 1 pkt 3**147. Sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12,
Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.**

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący dopatruje się w działaniu Przedsiębiorstwa Drogowego (...) Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje go jako działanie sprzeczne z prawem lub

dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Izba nie dopatryła się bezprawności działania Przedsiębiorstwa Drogowego (...) Sp. z o.o., zwłaszcza w świetle art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, nie podzielając stanowiska Odwoływającego, że Wykonawca ten złożył dwie oferty. Izba ustaliła, że wykonawca ten samodzielnie złożył jedną ofertę częściową a wspólnie z innym wykonawcą trzy oferty częściowe, jednakże w ramach różnych zadań i w dozwolonej przez Zamawiającego ilości, jeśli chodzi o liczbę części, na które można było składać oferty. W ocenie Izby, zarysowany stan faktyczny mieści się w przepisie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp z powodów, o których była mowa wyżej.

Skoro Izba nie dopatryła się działania niezgodnego z prawem w postępowaniu Przedsiębiorstwa Drogowego (...) Sp. z o.o. należało przejść do oceny zachowania wskazanego Wykonawcy w świetle dobrych obyczajów. Współcześnie w orzecznictwie i doktrynie zachodnioeuropejskiej panuje podejście, które można nazwać ekonomiczno-funkcjonalnym. Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Kryterium nie powinny więc stanowić poglądy uczciwego przeciętnego człowieka, ale oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Mając na uwadze zaprezentowany pogląd z pewnością należałoby uznać, że uzgodnienie warunków składania ofert, których celem miałyby być ograniczenie konkurencji jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Jednakże w ocenie Izby, Przedsiębiorstwu Drogowemu (...) Sp. z o.o. woli porozumienia z innym wykonawcą w tym celu przypisać nie można. Okoliczność, że Wykonawca ten w niniejszym postępowaniu złożył ofertę samodzielnie w ramach jednego zadania, a także wspólnie z innym wykonawcą w ramach innych zadań, nie może być traktowana jako zaburzenie konkurencji.

148. Sygn. akt: KIO 2865/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.

Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5–17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dokonaniu zmywy przetargowej przy składaniu ofert, co sprowadza się w szczególności do takiego złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, aby wykonawcy z sobą nie konkurowali. (...). Aby ocenić czy wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne było wyjście poza zakres części IV zamówienia dokonując oceny ofert wykonawców objętych zarzutami odwołania.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. (...)

Dowody te Izba uznała za wystarczające, aby podzielić w tym zakresie zasadność zarzutu odwoływającego i stanowiska zamawiającego uwzględnienia zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Dowody w tym zakresie stanowią niemalże dowód bezpośredni popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, chociaż opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wskazanego w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06), „że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”, można stwierdzić, iż taki dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie wykonawców to realnie rzecz biorąc nie byłoby możliwe złożenie tak podobnych ofert i na tak różne części zamówienia.

Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku (miasta P.) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy wykonawców ze sobą powiązanych, bądź ściśle z sobą współpracujących. Porozumienie pomiędzy wymienionymi pięcioma wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, jednakowych elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zмова wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmovą w ujęciu horyzontalnym, tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurencji, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Za charakterystyczną dla tej sytuacji należy uznać wypowiedź na rozprawie pełnomocnika wykonawcy Y sp. z o.o. który stwierdził „jak ja składam ofertę w postępowaniu to ja wygrywam”.

Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji. Jednakże zdaniem Izby nadmienić należy, że prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu.

Za element potwierdzający fakt zmovy, poza przytoczonymi wcześniej okolicznościami, Izba uznała w szczególności oświadczenie Pana Henryka S., który na zlecenie wykonawców wymienionych w odwołaniu sporządzał dla nich formularze ofertowe i kosztorysy, zastrzegając jednocześnie, że ustalenia co ich treści tych ofert były indywidualnie uzgadniane z ich przedstawicielami, bez udostępniania tych danych innym wykonawcom.

Izba nie dała wiary tym wyjaśnieniom, gdyż najwyraźniej uszedł uwadze Pana Henryka S. fakt, iż to on jest jednym z dwóch współwłaścicieli firm X sp. z o.o i X sp. z o.o. sp. k., współwłaścicielem Y sp. z o.o., oraz właścicielem FH-U X Henryk S. To ostatnia jego firma udostępniała opisanym wyżej wykonawcom swoich zasobów, a oferty obu spółek X zostały podpisane przez tę samą osobę Prezesa X sp. z o.o. Ponadto niewątpliwe jest w oparciu o ustalenia z analizy treści ofert, iż szereg tych samych osób zostało przewidzianych do realizacji różnych części zamówień u różnych wykonawców. Za niedopuszczalne w warunkach uczciwej i rzetelnej konkurencji Izba uznaje także kształtowanie polityki cenowej w porozumieniu z konkurencją, pomimo formalnej odrębności organizacyjno-prawno-finansowej i tym samym stwarzanie jedynie pozorów działania konkurencyjnego.

Tym samym, przychyłając się do ustaleń i wniosków zamawiającego co do zmovy ww. wykonawców, Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest możliwe przypadkowe zaoferowanie takich samych cen, w tak wielu pozycjach kosztorysowych, w pięciu różnych ofertach na dziewięć różnych części zamówienia. Z powyższego wynika, że zarówno ceny jak i części zamówienia, na które dany wykonawca złożył ofertę zostały określane wspólnie i nie jest to zależność przypadkowa. Warto w tym miejscu wskazać na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok w sprawie 8/72, Vereening van Cementhandelaren przeciwko Komisji), w którym stwierdzono, iż zakazane jest choćby orientacyjne ustalanie cen wobec osób trzecich.

149. Sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r.

Na wstępie rozważań dotyczących zasadności tego zarzutu wskazać należy, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czy nie wynika z ich treści lub okoliczności ich złożenia, iż doszło do zmovy,

jeśli tak, taką ofertę należy bezwzględnie odrzucić. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2012 r. o sygn. akt.: KIO 1287/12 należy stwierdzić, że „zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji, może więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającej na dokonaniu zmowy przetargowej przy składaniu ofert. Stwierdzić należy, że zmowy przetargowe to jedne z najbardziej niekorzystnych praktyk w obrocie gospodarczym. Zmową przetargową jest porozumienie uczestników dotyczące warunków składanych ofert oraz każde inne działanie prowadzące do rezygnacji przez uczestników przetargu z konkurencji na rzecz współpracy. Ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazujący uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Według literatury oraz informacji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) częstą formą zmowy przetargowej jest złożenie tzw. oferty zabezpieczającej, polegającej na tym, że przedsiębiorcy umawiają się, że przedstawią dwie różne oferty, a jeśli zostaną one pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego, to zwycięzca przetargu rezygnuje z podpisania umowy. Oznacza to wybór droższej oferty z propozycji uczestników zmowy. Tym samym, w nieuczciwy sposób zapewniają sobie większy zysk, kosztem organizatora przetargu oraz konkurentów. Stwierdzić należy, że zgodnie z obowiązującym prawem przedsiębiorca ma prawo do rezygnacji ze świadczenia usług, nie może być ona jednak wynikiem porozumienia z innym uczestnikiem przetargu, po to, aby Zamawiający był zmuszony wybrać ofertę droższą cenowo. Podkreślenia wymaga również, że istotą zmów przetargowych jest ich niejawni charakter. Z tego powodu fakt wystąpienia pomiędzy wykonawcami zmowy przetargowej należy oceniać nie po deklaracjach wykonawców, ale po ich działaniu wskazującym na niezasadne w trybie zachowania konkurencyjności ofert postępowanie. O ile jednak samo ustalanie zakresu porozumienia jest utrzymywane w tajemnicy, to efekty takiego działania często są zauważalne, wskutek zaistnienia różnych okoliczności właściwych tylko dla ofert, których składający je wykonawcy są w zmowie. Najczęściej są to te same błędy w ofercie, takie same zasady ustalania cen, nieskładanie wraz z oferta wymaganych dokumentów, itp.

150. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

(...) odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania sformułowanego przez siebie zarzutu. Odwołujący wywodził w odwołaniu, że złożenie przez przystępującego oferty wyczerpuje znamiona określone w 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przywołanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

(...) odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że przystępujący sprzedaje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Minimalny poziom kosztów wytworzenia usług przez przystępującego nie jest znany. Ponadto nawet sprzedaż usług poniżej kosztów własnych nie

wystarcza jeszcze do uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji. Należy wykazać, że takim działaniem zamierza się utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku czy też dążyć do ich eliminacji z niego.

151. Sygn. akt: KIO 517/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.

Jak słusznie zauważył zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r., udowodnienie zaistnienie zmywy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmywy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmywy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa. (...)

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się wskazani wykonawcy (określanego potocznie mianem „zmywy przetargowej”) do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu – nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5–17 UZNK) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK). Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

152. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.

W zakresie oceny podmiotowej wykonawcy ustawa Pzp przewiduje odrębną sankcję wykluczenia wykonawcy, w tym w oparciu o w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe konsekwencje związane są zatem z negatywną oceną udziału wykonawcy w postępowaniu z uwagi na konieczność zagwarantowania uczciwej konkurencji. Niespełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie skutkuje pozostawieniem wykonawcy w postępowaniu. Tymczasem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy oceny oferty – przewiduje bowiem, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym to oferta musi zawierać elementy, które świadczą o tym, że wykonawca poprzez jej złożenie dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś podmiotowa ocena wykonawcy.

Art. 89 ust. 1 pkt 4**153. Sygn. akt: KIO 2783/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.**

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje. A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

154. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała ten zarzut za chybiony. Zgodnie z przywołanym wcześniej orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości niedopuszczalne jest automatyczne uznanie oferty za zawierającą cenę rażąco niską bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał jeszcze przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

155. Sygn. akt: KIO 239/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

(...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest pewnego rodzaju rynkową konfrontacją cen oferowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest bowiem z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Sytuacja taka ma niewątpliwie miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Cena oferty wykonawcy X jest bowiem niższa od szacunkowej wartości zamówienia i wynosi ona 85% tej wartości. Cena oferty tego wykonawcy jest niższa od ceny oferty odwołującego (oferty sklasyfikowanej na miejscu drugim w rankingu ofert) o około 21%, a od ceny oferty kolejnego z wykonawców, tj. wykonawcy – Y Sp. z o.o. z siedzibą w G. (oferty sklasyfikowanej na miejscu trzecim w rankingu ofert) o około 27%. Niemniej jednak okoliczność ta nie oznacza, że cena oferty wykonawcy X jest rażąco niska. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaofertowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejsz z ofert. W kontekście powyższego stwierdzić więc należy, iż cena zaofertowana przez wykonawcę X jest ceną, która nie różni się w sposób znaczący ani od cen ofertowych pozostałych wykonawców, ani też od wartości szacunkowej zamówienia. Taka

rozpiętość cen, jak wystąpiła w niniejszym stanie faktycznym (różnica między kolejnymi ofertami w rankingu ofert wynosiła bowiem odpowiednio około 21% i 27%), jest naturalna w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

156. . Sygn. akt: KIO 238/13, KIO 251/13, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r.

(...) cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Jednakże również ceny zawarte w ofertach, złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (...) Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie, jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

157. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

Sam fakt złożenia oferty z ceną odbiegającą od wartości szacunkowej zamówienia, jak również wartości innych ofert nie powoduje automatycznie konieczności odrzucenia takiej oferty. To ocena wszystkich okoliczności, w tym złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, jest istotna z punktu widzenia możliwości „usprawiedliwienia” wysokości zaoferowanego wynagrodzenia.

Samo pojęcie „rażąco niska cena” wskazuje, iż jej wysokość musi znacznie odbiegać od wartości przedmiotu zamówienia, a więc uniemożliwiać pokrycie choćby podstawowych i przewidywalnych kosztów jego realizacji. Nie należy jednak powyższego utożsamiać z pojęciem realizacji świadczenia z minimalnym zyskiem, którego uzyskanie jest zawsze obarczone pewną dozą ryzyka – właściwą dla samego faktu prowadzenia działalności gospodarczej. Trudna lub wyjątkowo dobra sytuacja wykonawcy może powodować podejmowanie ryzykownych decyzji gospodarczych, czego jednak nie należy utożsamiać, bez analizy kosztów przedsięwzięcia, z oferowaniem świadczenia za cenę rażąco niską.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

**158. Sygn. akt: KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13,
Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r.**

(...) konsorcjum firm, które zostało wybrane w procedurze przetargowej ma swoją siedzibę w Luksemburgu i brak jest jakichkolwiek informacji, by posiadało ono w Polsce stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, które uczestniczyłoby w świadczeniu usług objętych procedurą przetargową. Mając powyższe na uwadze, faktura, która zostanie wystawiona przez ww. konsorcjum nie powinna zawierać kwoty podatku VAT, natomiast powinna zawierać informację, że podatek rozlicza nabywca. Ministerstwa Finansów zostało zidentyfikowane dla celów dokonywania transakcji wewnątrzspółnotowych (posiada ważny numer VAT UE) i zobowiązane jest, w przypadku usług, do których ma zastosowanie zasada ogólna (art. 28b ww. ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług), rozliczyć podatek VAT według stawki obowiązującej w kraju dla danego rodzaju usług (w tym przypadku wg stawki 23%, gdyż chodzi o usługi informatyczne).

159. Sygn. akt: KIO 274/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach – wbrew pogładowi zaprezentowanemu w odwołaniu – na dzień składania oferty brak było podstaw do wskazania całej kwoty oferty – wynoszącej ponad 540 tys. zł za cały okres realizacji zamówienia, czyli ponad 270 tys. zł za rok wykonywania zamówienia – jako mieszczącej się w limicie kwotowym zwolnienia wynikającym z regulacji art. 113 ustawy o VAT. Obiektywnie na dzień składania ofert kwota 270 tys. zł netto, czyli bez podatku, przekracza blisko dwukrotnie ustalony na 150 tys. zł limit zwolnienia. Odwołujący ani w ofercie, ani złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach nie podał żadnego sensownego wytłumaczenia dla tej oczywistej rozbieżności pomiędzy deklarowanym zwolnieniem podmiotowym a wykraczającą ponad jego limit ceną oferty.

Art. 89 ust. 1 pkt 8**160. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.**

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Za stanowiskiem odwołującego nie może przemawiać fakt, iż Pan Ryszard P. umocowany do działania w imieniu lidera Konsorcjum, wykonawcy (...) Sp. z o. o. nie złożył podpisu na imiennej pieczęci a w innym miejscu strony. Zdaniem Izby okoliczności sprawy, podpisy składane przez Pana Ryszarda P. na innych dokumentach załączonych do oferty pozwalają zweryfikować i jednoznacznie stwierdzić że podpis na formularzu ofertowym choć nie na pieczęci został złożony przez Ryszarda P.

161. Sygn. akt: KIO 258/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Izba nie zgadza się z zamawiającym, iż według danych zawartych w Dziale 2 wpisu do KRS o nr. 305973 sposób reprezentacji podmiotu nie wskazuje na uprawnienia dla prokurentów bez udziału członka zarządu.

Z rzeczonego wpisu wynika uprawnienie do samodzielnego działania prezesa zarządu w przypadku, gdy zarząd jest jednoosobowy, a w razie powołania zarządu wieloosobowego – prezes zarządu jednoosobowo albo dwaj członkowie zarządu łącznie, albo jeden członek zarządu łącznie z prokurentem. Zapis taki w żadnym wypadku nie oznacza, że prokurenci samoistni są uprawnieni do działania tylko z członkami zarządu i tylko w przypadku, gdy zarząd w spółce jest wieloosobowy. Takiemu stanowisku przeczą zarówno przepisy Kodeksu cywilnego o prokurze, jak i stanowisko sądów powszechnych i doktryny. (...) Prokury, co do zasady, nie można ograniczyć wobec osób trzecich (art. 109¹ § 2 K.c.). (...) uznając, iż żądanie wyjaśnień od odwołujących się, w świetle złożonych przez nich dokumentów, było bezpodstawne, Izba stwierdziła, iż fakt niedoręczenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie nie może mieć wpływu na sytuację odwołujących się w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

162. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie należy odróżniać zdolność podmiotu do zaciągania zobowiązań w imieniu własnym i wyłącznie na własny rachunek, co charakteryzuje podmioty wyposażone w osobowość prawną, od przyznanej przez prawo możliwości występowania w obrocie gospodarczym z bezpośrednim skutkiem dla innego podmiotu prawnego. Zdaniem Izby, oddział przedsiębiorcy zagranicznego ma zdolność do występowania w obrocie gospodarczym przyznaną na podstawie przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepisy art. 85 do 92 tej ustawy regulują w sposób szczegółowy zasady funkcjonowania i prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez przedsiębiorców zagranicznych. Zgodnie z art. 85 tej ustawy „Dla

wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwane dalej „oddziałami”. Oddział przedsiębiorcy zagranicznego występuje więc w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy i w ramach umocowania wynikającego z zapisów w Krajowym Rejestrze Sądowym. Treść wpisu, do Krajowego Rejestru Sądowego decyduje o tym, dla jakiej osoby prawnej bezpośredni skutek wywołują działania prawne oddziału. Nie ulega wątpliwości, że czynności dokonywane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego lub w stosunku do tego oddziału odnoszą skutek prawny wobec przedsiębiorcy zagranicznego. W świetle powyższego i w świetle wpisu do KRS podmiotu pod nazwą „X Oddział w Polsce” oczywistym jest, że w sprawie mamy do czynienia z oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, który występuje w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy. Z zapisu zawartego w dziale 1 rubryka 1 wynika, że przedsiębiorcą zagranicznym jest X (spółka spółdzielcza) z siedzibą w Modenie. Spółka ta jest reprezentowana jednoosobowo przez prezesa Roberto C., co wynika z działu 2 rubryka 1 rejestru. Na podstawie ważnych pełnomocnictw udzielonych zgodnie z zapisami KRS przez prezesa Roberto C. zostało zawiązane konsorcjum X, działającą przez swój Oddział w Polsce i spółkę pod firmą (...) sp. z o.o. W tym przypadku Izba miała na względzie orzecznictwo m.in. wyrok WSA w Opolu z dnia 16 stycznia 2008 sygn. akt SA/Op 189/07 (LEX nr 461867), zgodnie z którym (...) Wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec tego oddziału odnoszą bezpośredni skutek prawny w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego”. W świetle powyższego pogląd wyrażony w odwołaniu, że wykonawca – X Oddział w Polsce nie ma zdolności do występowania w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy Pzp jest twierdzeniem nieuzasadnionym.

Art. 90 ust. 1

163. Sygn. akt: KIO 2783/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaofertowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaofertowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Należy wskazać tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: „Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia”. (...) Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołujących się co do nakazania odrzucenia oferty przystępujących. W przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaofertowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępujących do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

164. Sygn. akt: KIO 2841/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny stwierdza, że z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że ustawa przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Relacja taka jest dla zamawiającego wskazówką, że cena może być rażąco niska. Stosownie do treści przepisu, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ceny zaoferowane przez wybranego wykonawcę oraz drugiego wykonawcy w cenowym rankingu ofert, w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, były zbliżone i nie pozostawały między sobą w dysproporcji. Zamawiający nie ma zatem podstawy do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy, o co wnosił odwołujący w stosunku do dwóch konkurentów. Izba stoi na stanowisku, że ocena ceny ofertowej pod kątem ustalenia, czy jest ona rażąco niska odnosi się co do zasady, do ceny oferty, a nie jej poszczególnych składników cenotwórczych. Jednocześnie jednak należy wziąć pod uwagę elementy mające wpływ na wysokość ceny (*vide* art. 90 ust. 1 *in fine* ustawy), stąd zrozumiałe jest podnoszenie przez odwołującego zarzutów w odniesieniu do trzech pozycji kosztowych wybranych elementów. Brak natomiast dowodu, by te elementy (poz. 30, 31 i 32) stanowiły istotną wartość w cenie oferty.

165. Sygn. akt: KIO 7/13, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do jej ustalenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. (...) Ponieważ rozliczenie następować będzie cenami jednostkowymi (ustalonymi każdorazowo poprzez przemnożenie prowizji wyrażonej w % przez wartość imprezy), a dodatkowo, co istotne, zamawiający nie gwarantował zakresu przedmiotu zamówienia (rzeczywistej ilości poszczególnych wydarzeń) oczywistym jest, że przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogły być wyłącznie poszczególne ceny jednostkowe (czyli wyrażone w złotych prowizje). Łączna cena ofertowa służyła mogła co najwyżej określeniu maksymalnego pułapu zobowiązań zamawiającego z tytułu realizacji umowy (por. § 3 ust. 1 wzoru umowy). (...)

Zatem zamawiający słusznie postąpił kierując do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego zresztą odwołujący w stosownym terminie nie zakwestionował. Celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za błędne należało uznać stanowisko odwołującego, że zamawiający nie miał prawa badać prowizji, gdyż nie jest to cena w rozumieniu art. 3 ustawy o cenach. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia. I tak też się stało w analizowanej sprawie. Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353 1 KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie każdorazowo poprzez przemnożenie stawki prowizji przez wartość wydarzenia. Badanie ceny w tym przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12). (...) Nie ulegało wątpliwości, że ww. wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę niższą od ceny oferty odwołującego i nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednakże, w ocenie Izby takie zachowanie zamawiającego było prawidłowe i co do zasady nie naruszało zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak stwierdzono powyżej, w związku ze specyfiką przedmiotowego zamówienia i sposobu wynagradzania określonego w SIWZ obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczył poszczególnych cen jednostkowych (stawek prowizji), które stanowiąc będą podstawę do obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Globalna cena ofertowa również podawana przez wykonawców w formularzu ofertowym miała zatem charakter drugorzędny, gdyż kluczowy element, który służył obliczeniu tej ceny, tj. ilość wydarzeń poszczególnych rodzajów miała jedynie charakter orientacyjny, a zamawiający nie gwarantował zakresu zamówienia.

166. Sygn. akt: KIO 127/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.

Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaofierowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemanie. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

167. Sygn. akt: KIO 101/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień /.../. W ocenie składu orzekającego zamawiający wskazał zbyt krótki okres na złożenie wyjaśnień, czym w ocenie Izby naruszył wskazany przepis. Biorąc pod uwagę terminy zdarzeń należy przypomnieć, że wezwanie o wyjaśnienia wysłano przed południem 24.12.2012 r., tj. dzień w polskiej tradycji będący Wigilią Bożego Narodzenia, a oczekiwano wyjaśnień dnia 27.12.2012 r. tj. pierwszy dzień roboczy po świętach. W praktyce oznacza to, że odwołujący miał niewiele ponad 1 dzień roboczy na przygotowanie i złożenie zamawiającemu wyjaśnień, o które został wezwany. Stwierdzić należy, że przywołany powyżej kilkakrotnie przepis art. 90 ust. 1 nie zawiera konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. Kompetencje do określenia terminu ma zamawiający, jako prowadzący postępowanie, zgodnie z art. 7 ust. 1 *in principio* ustawy pzp. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim termin ten powinien być rozsądny i realny, czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania, tj. przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je właściwej formie, treści i terminie do zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wyznaczyć termin, który obiektywnie umożliwia wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem. Nie bez znaczenie w niniejszej sprawie jest fakt, że wezwanie nastąpiło w terminie specyficznym, dniu Wigilii, który tradycyjnie u zdecydowanej większości pracodawców w Polsce nie jest pełnym ośmiogodzinnym dniem pracy.

168. Sygn. akt: KIO 99/13, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r.

Zamawiający w toku rozprawy prezentował pogląd, iż wyjaśnienia Odwołującego były zbyt ogólnikowe, z czym Izba się nie zgadza. Zakres wyjaśnień, jakich oczekiwał Zamawiający wynikał z treści wezwania, w którym Zamawiający wyraźnie doprecyzował, iż oczekuje podania szczegółowych nośników cenowych wybranych pozycji kosztorysu ofertowego. Pozycje te zostały przez Odwołującego rozbite na składniki w tabeli załączonej wraz z kopią żądanych dodatkowo dokumentów.

W jednym z orzeczeń ETS orzekł, iż celem procedury badania elementów składowych rażąco niskiej ceny jest zapobieganie arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantowanie konkurencji między przedsiębiorcami na zdrowych zasadach. Jednocześnie ETS wskazał na

konieczność jasnego sformułowania żądania kierowanego do kandydatów celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich ofert (wyrok ETS z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt C-599/10). Również w orzecznictwie krajowym wskazuje się na konieczność skonkretyzowania przez zamawiającego elementów, których wyjaśnienia oczekuje, tak aby wykonawca mógł ustalić w jakim kierunku wyjaśnienia powinny zmierzać.

169. Sygn. akt: KIO 177/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

(...) że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie miał obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Musiał wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Stosownie bowiem do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

170. Sygn. akt: KIO 399/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W celu ustalenia zaistnienia tej okoliczności art. 90 ust. 1 pzp nakazuje zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Z przepisu tego wynika zatem, że podstawą dla oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone na wezwanie przez wykonawcę. Z kolei w toku tej oceny – według art. 90 ust. 2 pzp – zamawiający ma wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, które jedynie przykładowo zostały wymienione w tym przepisie. Zamawiający musi zatem wpierv ocenić czy wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny, a jeżeli tak, to w jakim zakresie wpływają one na cenę oferty. Należy przy tym zauważyć, że w ustawie pzp nie określono żadnych szczególnych wymagań co do wymaganego zakresu wyjaśnień, poza tym, że mają one wskazywać obiektywne czynniki, które mają wpływ na cenę oferty wykonawcy. Nie oznacza to jednak zakazu sprecyzowania zakresu oczekiwanych wyjaśnień, tak jak uczynił to Zamawiający, który zażądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji formularza cenowego uwzględnieniem podanych w wezwaniu elementów. Oczywiście nie oznacza to, wbrew nowym twierdzeniom Zamawiającego, obowiązku przedstawienia tej kalkulacji według metod rozporządzenia wymienionego odpowiedzi na odwołanie, które – jak sama jego nazwa wskazuje – dotyczy kosztorysu inwestorskiego sporządzanego przez zamawiającego dla robót budowlanych. Wreszcie Zamawiający konsekwentnie, acz błędnie, wzywał do złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów. Tymczasem z art. 90 ust. 3 pzp wynika jedynie, że zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami, których złożenie zależy wyłącznie od woli wykonawcy i nie może samo przez się negatywnie rzutować na ocenę wyjaśnień złożonych bez takich dowodów. (...) Tym niemniej Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu argumentów podważających prawidłowość całościowej oceny Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia nie były wystarczające dla uznania zaoferowanej ceny za skalkulowanej na realnym poziomie. Dostępna Odwołującemu wyjątkowo sprzyjająca okoliczność w postaci położenia miejsca realizacji inwestycji, a raczej przedstawiony w złożonych wyjaśnieniach poziom jej wpływu na cenę oferty nie jest może być uznany za wystarczający dla uwiarygodnienia realnego poziomu łącznej ceny oferty. Wynika to poniekąd z symulacji zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Przede wszystkim stoi temu na przeszkodzie przyznana na rozprawie przez Odwołującego okoliczność zaniechania przedstawienia w wyjaśnieniach metodologii i kalkulacji ceny stanowiących

jego tajemnicę handlową, o której wspominał w ostatnim zdaniu złożonych wyjaśnień. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że zastrzeżenie to nie odnosi się do treści powyżej zamieszczonych wyjaśnień przesłanych Zamawiającemu pismem z 23 stycznia 2013 r., lecz do zażądanych przez Zamawiającego szczegółów kalkulacji wszystkich pozycji formularza ofertowego, w szczególności z rozbiem na miesięczne koszty wynagrodzenia personelu. Odwołujący gotowy był przedstawić taką szczegółową kalkulację dopiero na rozprawie, co jest działaniem spóźnionym. Odwołujący, który przedłożył ochronę tajemnicy przedsięwzięcia przed Zamawiającym ponad konieczność udzielenia wyczerpujących wyjaśnień, musiał liczyć się z niekorzystnymi skutkami jakie może to spowodować w zakresie ich oceny przez Zamawiającego.

Art. 90 ust. 2

171. Sygn. akt: KIO 7/13, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.

(...) Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał istnienia żadnych obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwoliły mu na świadczenie usługi organizacji wydarzeń o wartości powyżej 20.000 zł i powyżej 100.000 zł za kwoty rządu kilku złotych. Nieвозмолим jest bowiem, aby w kwocie prowizji o takiej wysokości zostały ujęte następujące elementy, jak zwrot kosztów podróży (dojazdów, przejazdów, powrotów, w tym na spotkania z Zamawiającym), diet, wynagrodzeń, koszty połączeń telefonicznych, koszty obsługi logistycznej wydarzeń, koszty wysyłki zaproszeń i rejestracji uczestników, kosztów wydruku list obecności i tablic kierunkowych, koszty przygotowania i wydania identyfikatorów (pkt 21 załącznika nr 6 do SIWZ).

172. Sygn. akt: KIO 340/13, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r.

(...) należy wskazać, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zgodnie z kryteriami określonymi przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaofferowania rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach takich czynników brak. O ile odwołujący wskazywał, iż na atrakcyjne skalkulowanie ceny wpływ miało zaofferowanie rozwiązań producenta (...) Sp. z o. o., u którego odwołujący ma możliwość uzyskania korzystnych rabatów, to brak jest jakichkolwiek informacji na temat wysokości udzielonych rabatów, co pozwoliłoby na odniesienie się do zaofferowanej ceny. Brak takich danych uniemożliwiło zamawiającemu ocenę wpływu udzielonych rabatów na wysokość zaproponowanej ceny. Powoływanie się przez odwołującego w wyjaśnieniach na ogólne sformułowania o posiadanych rabatach czy też statusie partnerskim nie pozwoliło zamawiającemu ocenić, jaki obiektywny wpływ miało to na wysokość zaproponowanej ceny. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż jeszcze dwaj inni wykonawcy zaproponowali rozwiązania firmy (...) Sp. z o. o., przy czym cenny ich ofert znacząco odbiegały od ceny oferty odwołującego, natomiast możliwość uzyskania rabatów jest dostępna powszechnie. Również za obiektywne czynniki nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń odwołującego, iż cena oferty została skalkulowana nie tylko w oparciu o zapisy SIWZ, ale przede wszystkim w oparciu o posiadane bogate doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu przygotowującego ofertę w części merytorycznej

we wdrażaniu przedmiotowego oprogramowania. Trudno uznać, aby tak opisany element mógł stanowić obiektywny czynnik dostępny wyłącznie wykonawcy. Za uzasadnione wyjaśnienia nie sposób również uznać powoływania się przez odwołującego na wysokie standardy organizacyjne wdrożone w jego firmie czy też przykładowo racjonalizowanie kosztów. Należy zauważyć, iż przy tak ogólnych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby, w jaki sposób przykładowo racjonalizacja kosztów czy wysokie standardy organizacyjne przekładają się na zaproponowaną cenę, jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy. Za takie czynniki nie mogą być uznane zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia odwołującego, iż zaproponowana kwota zawiera wszystkie koszty zaoferowanych produktów oraz zysk wykonawcy i wszelkie koszty poboczne związane z realizacją zamówienia tego typu. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego zawierają – wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dawało podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska – zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

173. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę tego wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca zatem, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinien wskazać okoliczności, które uwzględnił przy kalkulacji ceny w oferowanej wysokości, w szczególności powinien m.in. wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, oraz, w jakim stopniu – z uwagi na podane okoliczności – taka cena została obniżona. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy tylko taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z przyczyn o obiektywnym charakterze – zgodnych z prawem i nienaruszających zasad uczciwej konkurencji. Tak jak wynika z powołanego przepisu jedną z okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest nie złożenie stosownych wyjaśnień. Jednakże tak jak wskazuje się w orzecznictwie, nie jest również wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wymagane są wyjaśnienia, które będą odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym wyjaśnienia Konsorcjum (...), zawierające niekonkretne, ogólnikowe stwierdzenia są niewystarczające i tym samym należy uznać, że wymagane wyjaśnienia nie zostały złożone, a to skutkuje w konsekwencji odrzuceniem oferty tego Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której stanowi również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

174. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

Nie są to informacje ogólne ani pozbawione znaczenia w kontekście wyliczenia wynagrodzenia. Odwołujący w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 20.02.2013 r. przedstawił szereg istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na skalkulowanie wynagrodzenia na takim poziomie. Użycie wysokowydajnych kosiarek, miejsce położenia bazy Odwołującego, zatrudnienie osób bezrobotnych na korzystnych warunkach finansowych, zatrudnienie osób odbywających praktykę zawodową, kilkudziesięcioletnie doświadczenie związane z utrzymaniem terenów

stanowiących przedmiot utrzymania, mechanizacja robót, wykorzystanie odpadów biodegradowalnych, zmniejszenie kosztów wywozu odpadów dzięki ich segregacji, znajomość rynku lokalnego przy jednoczesnym przedstawieniu szczegółowej kalkulacji dla poszczególnych rodzajów robót stanowi podstawę do uznania, iż cena oferty została skalkulowana racjonalnie z uwzględnieniem obiektywnych czynników cenotwórczych. Należy wskazać, iż w procedurze wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w ramach oceny tych wyjaśnień istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny. W ocenie Izby Zamawiający analizując złożone przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego wyjaśnienia miał podstawy do uznania ich za wystarczające w kontekście znanych mu okoliczności (znajomości przedmiotu zamówienia, dokonanej przez niego wyceny popartej własnymi doświadczeniami oraz treści oferty Odwołującego i innych wykonawców, jak również wiedzy na temat doświadczenia Odwołującego i lokalizacji jego siedziby). Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie pozwalały na uznanie, iż złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te uprawdopodobniają okoliczność, iż została ona skalkulowana z uwzględnieniem sprzyjających okoliczności realizacji świadczenia, oszczędność metody wykonania zamówienia oraz przy uwzględnieniu wybranych rozwiązań technicznych i organizacyjnych dostępnych dla wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

175. Sygn. akt: KIO 593/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

W przeświadczeniu Izby, wyjaśnienia odwołującego są konkretne, sprawdzalne stanowią dowód, że ceny oferty odwołujący nie przyjął dowolnie, lecz z uwzględnieniem: własnych możliwości i realiów rynkowych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, jak i wymagań wskazanych w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień budzi wątpliwości. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego na wezwanie zamawiającego, mają charakter obiektywny – powiązany z ceną jego oferty – wskazują okoliczności i ich wpływ na cenę przyjętą przez odwołującego w jego ofercie. Stanowią przedstawienie kompletnej i szczegółowej kalkulacji elementów składowych zaoferowanej ceny.

176. Sygn. akt: KIO 127/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. (...). Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2012 roku, sygn. akt: KIO 2659/12).

Art. 90 ust. 3

177. Sygn. akt: KIO 2835/12, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.

Wskazane przepisy stanowią podstawę i obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty w razie ziszczenia się przesłanek określonych w tych przepisach. Pierwszy z nich, art. 90 ust. 3 Pzp

zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w razie nie złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawę odrzucenia oferty na mocy tego przepisu stanowią wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie zamawiającego, oceniane w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub zaniechanie złożenia wyjaśnień. Drugi przepis, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ma zastosowanie w razie stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku ustalenie rażąco niskiej ceny następuje wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie jego części składowych, czy cen jednostkowych. W orzecznictwie, piśmiennictwie oraz doktrynie jednoznacznie ustalono, że przedmiot zamówienia, w rozumieniu wynikającym z podanych przepisów Pzp, oznacza w ujęciu rzeczowym cały zakres robót, dostaw lub usług, w finansowym wartości zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 1 Pzp w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień i art. 33 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych, powiększoną o kwotę podatku VAT. Z reguły jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana podczas otwarcia ofert. W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, na którego ustawodawca nałożył obowiązek złożenia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 niepubl.). W przypadku negatywnej oceny wyjaśnień i odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ciężar dowodu obciąża zamawiającego, zamawiającego również w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z kolei w przypadku przedstawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie wskazanych przepisów, ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny oferty obciąża wykonawcę, który z tego faktu wywodzi skutki prawne (przy zarzucie ferowanym na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień wykonawcy, przy art. 89 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykazanie, że kwestionowana oferta istotnie zawiera rażąco niską cenę). Przepis art. 190 ust. 1 Pzp uprawnia strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), co oznacza, że zakres zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest wiążący dla organu rozpoznającego spór. W toku postępowania przed Izłą, podobnie jak przed sądem, zarzuty niezgłoszone w odwołaniu nie mogą być przedmiotem rozpoznania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11).

178. Sygn. akt: KIO 381/13, KIO 397/13, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2013 r.

Zamawiający (...) w wezwaniu skierowanym do wykonawcy [pismo z dnia 6.02.2013 r.] stwierdził, że cena zaferowana przez wykonawcę za świadczenie usług serwisowych w okresie 3 lat gwarancji [2.583.000] PLN znacznie odbiega od cen przedstawionych w pozostałych ofertach oraz zwrócił się o złożenie wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych, bądź przedłożenie kalkulacji wskazującej przyjęte rozwiązania i potwierdzającej prawidłowość wycenienia ceny usług serwisowych. W odpowiedzi [pismo z dnia 7.02.2013 r.] wykonawca (...) nie przedłożył stosownych wyjaśnień, tak jak wymagał Zamawiający. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w wyjaśnieniach wykonawcy (...) nie można doszukiwać się składników cenotwórczych, jak również nie została przedłożona kalkulacja wskazująca przyjęte rozwiązania – uzasadniające zastosowanie dla usługi serwisowej proponowanej w ofercie ceny. W tym piśmie wyjaśniającym, wykonawca (...) oświadczył tylko, że nie może przedłożyć szczegółowej kalkulacji, gdyż (...) Sposób kalkulowania kosztów serwisu modułów

kogeneracyjnych (algorytm wycień) stanowi *know-how* naszej firmy zdobyte w toku wieloletniej realizacji analogicznych inwestycji. (...)

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę tego wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca zatem, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinien wskazać okoliczności, które uwzględnił przy kalkulacji ceny w oferowanej wysokości, w szczególności powinien m.in. wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, oraz w jakim stopniu – z uwagi na podane okoliczności – taka cena została obniżona. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy tylko taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z przyczyn o obiektywnym charakterze – zgodnych z prawem i nienaruszających zasad uczciwej konkurencji. Tak jak wynika z powołanego przepisu jedną z okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest nie złożenie stosownych wyjaśnień. Jednakże tak jak wskazuje się w orzecznictwie, nie jest również wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wymagane są wyjaśnienia, które będą odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym wyjaśnienia Konsorcjum (...), zawierające niekonkretne, ogólnikowe stwierdzenia są niewystarczające i tym samym należy uznać, że wymagane wyjaśnienia nie zostały złożone, a to skutkuje w konsekwencji odrzuceniem oferty tego Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której stanowi również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

179. Sygn. akt: KIO 458/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.

W ocenie Izby złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 6 lutego 2013 roku są lakoniczne i nie wskazują na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby uzasadniać tak niską kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia te nie dają zamawiającemu zatem pewności co do tego, że zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, że kalkulacja ceny zawiera wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, zapewnia zysk, uwzględnia koszty własne i inne czynniki kosztotwórcze, przystępujący (...) nie powołał żadnej konkretnej kalkulacji oraz nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które potwierdziłyby możliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Za czynniki obiektywne, które mają wpływ na zaproponowaną cenę nie można uznać okoliczności, że wykonawca wykonuje zadania własnymi pracownikami i posiada własny sprzęt. Okoliczności te nie są elementami obiektywnymi, przynależnymi wyłącznie temu wykonawcy. W oparciu o złożone wyjaśnienia niemożliwym jest ustalenie w jaki sposób czynniki przywołane przez przystępującego (...) (dysponowanie własnymi pracownikami, sprzętem i transportem) przekładają się na cenę zaofertowaną w tym postępowaniu. Za obiektywne czynniki, które uzasadniają skalkulowanie ceny oferty nie może być także uznane zestawienie przeciętnych cen brutto za demontaż i usuwanie odpadów zawierających azbest w roku 2012 na terenie województw ościennych. Dane te, niezależnie od tego, że nie wiadomo czy obejmują porównywalny zakres przedmiotu zamówienia, pozostają bez wpływu na kalkulację ceny oferty przystępującego (...). Z powyższych względów wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za zbyt ogólne, w efekcie uniemożliwiające zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Reasumując, Izba stwierdziła, że złożone przez przystępującego (...) wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten podał obiektywne czynniki, mające wpływ na wysokość ceny. Wobec braku wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej, zamawiający zobligowany był do odrzucenia złożonej przez przystępującego (...) oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 1**180. Sygn. akt: KIO 43/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.**

Niewątpliwym jest, iż zamawiający ustalając kryteria oceny ofert kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami, biorąc pod uwagę jedynie to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić był równo traktowany. Dlatego też kryteria ustalone przez zamawiającego powinny być jednoznaczne i precyzyjne, gdyż wybierając najkorzystniejszą ofertę może on posłużyć się wyłącznie kryteriami oceny ofert podanymi w SIWZ. Kryteria te są znane wykonawcom od momentu wszczęcia postępowania i nie powinny być zmieniane. Natomiast zamawiający dokonując oceny ofert jest obowiązany tych kryteriów przestrzegać.

Art. 91 ust. 2**181. Sygn. akt: KIO 185/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.**

Zamawiający ustalając kryteria oceny ofert, ma swobodę w ich określeniu. Kieruje się bowiem przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę na to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. (...) Niemniej jednak kształtowanie kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym i musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający w sposób logiczny wyjaśnił przyczyny, dla których zarówno kwestionowane kryterium, jak i pozostałe po dokonanej autokorekcie postanowienie SIWZ, jest właściwym, a zatem doprowadzi do dostawy produktu spełniającego jego oczekiwania. Zamawiający powołał się bowiem na prowadzoną przez niego gospodarkę posiadanymi testami i posiadane w tym zakresie doświadczenie, zwracając uwagę przede wszystkim na sytuacje, których nie da się przewidzieć, a w których testy te pozostają do wykorzystania w późniejszym okresie (nawet do kilku miesięcy). Tym samym konsekwentnie podkreślając znaczenie jakie ma dla niego jak najdłuższy okres ważności dostarczonych mu testów. Nie można więc zgodzić się z odwołującym, który podniósł, iż termin ten nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia. Zamawiający przedstawił bowiem racjonalne przyczyny, dla których oczekuje dostawy produktu o jak najdłuższym okresie ważności.

182. Sygn. akt: KIO 418/13, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r.

Potwierdziły się również zarzuty, dotyczące przyjętych przez Zamawiającego jako kryteria jakościowe, parametrów ujętych w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 3, 4, 5 i 6: „Wysokość analizatora” (parametr 3), „Szerokość analizatora” (parametr 4), Głębokość analizatora” (parametr 5) oraz „Ciężar analizatora (całkowity)” (parametr 6),

Podkreślenia wymaga, że cechy, właściwości czy funkcjonalności, które wyrażają się w kryteriach jakościowych, podlegających punktacji powinny obejmować nie jakiegokolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt jest „lepszy” od innego. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. Postawienia zatem wymaga pytanie, czy takie parametry, jak: wysokość, szerokość, głębokość czy ciężar analizatora, są na tyle doniosłymi z punktu widzenia Zamawiającego, by mogły wyrażać wyższą jakość dzierzawionego przez cztery lata analizatora. Zamawiający w powyższym zakresie wskazywał na takie korzyści wyrażone w spornych kryteriach, jak większa łatwość przemieszczania analizatora, większa łatwość w transporcie (łatwość zmieszczenia go w windzie, łatwość wniesienia go przez drzwi), fakt, że będzie zajmował mniej miejsca.

Nie negując, co do zasady, tezy, że w konkretnych okolicznościach cechy związane z wielkością sprzętu, takie jak wysokość, szerokość, głębokość czy ciężar urządzenia, jego kompaktowy charakter, mogą mieć znaczenie użytkowe, uznano, że w analizowanych warunkach trudno przypisać taki walor parametrom punktowanym przez Zamawiającego w ramach kryterium jakościowego. W szczególności, w czteroletniej perspektywie dzierżawy analizatora, tego, że będzie on służył na potrzeby całego Szpitala (Zamawiający podał na rozprawie, że aparat będzie służył nie tylko na potrzeby nowotworzonego Zakładu Mikrobiologii Stomatologicznej, ale ma być przeznaczony dla całego szpitala), należy przyjąć, że ewentualne korzyści i wartości wynikające z niższej wysokości, szerokości, głębokości czy wagi analizatora, nie mają istotnego, jeżeli nie jakiegokolwiek praktycznego znaczenia. W układzie czteroletniego okresu dzierżawy, ewentualna rotacja tego sprzętu nie wydaje się być nadmiernie częstotliwa, zaś większa mobilność mniejszego sprzętu nie odgrywa tak doniosłej roli, by wyrażała się czterema parametrami, które są punktowane w ramach kryterium jakościowego. Z całą pewnością nie przekonuje o tym argumentacja prezentowana przez Zamawiającego na rozprawie. Odwołujący złożył natomiast materiały producentów obu analizatorów dostępnych na rynku (ulotki, karty katalogowe, informacje o produktach), przedstawiające, między innymi, ich wielkości, wagę oraz ogólny kształt. Wynika z nich – czemu Zamawiający nie zaprzeczył – że analizator, który zamierza zaoferować Odwołujący, jest na kółkach, co pozwala go relatywnie łatwo przemieszczać, zaś jego wymiary wynoszą: szerokość 0,7 m, wysokość 1,92 m, głębokość 0,85 m, waga 330 kg, bez komputera. Podane wymiary nie wskazują, by niemożliwe, czy nadmiernie utrudnione było przemieszczanie aparatu, w tym umieszczenie go w windzie, albo by zachodziła potrzeba poszerzania drzwi w celu jego wstawienia. Konkurencyjny aparat, jak wynika ze złożonych materiałów, istotnie, wydaje się mieć mniejsze wymiary, w praktyce wymaga jednak postawienia go na biurku lub szafce, skoro jego część służąca do badania jest nisko umieszczona. (...) Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia w powyższym zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając zarzuty w powyższym zakresie, nakazano – zgodnie z wnioskiem Odwołującego – o wykreśleniu spornych czterech kryteriów.

Art. 92 ust. 1

183. Sygn. akt: KIO 120/13, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, należało uwzględnić treść przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazującego powiadomienie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czy też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy może podlegać weryfikacji – w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o podjętej czynności. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej z ograniczeniem do przytoczenia dyspozycji normy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podaną w piśmie z dnia 15 stycznia 2013 r., gdyż zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej – w materiale dowodowym sprawy – podstaw faktycznych i prawnych, które stały się przyczyną kwestionowanej czynności zamawiającego. Nie można było pominąć, że dopiero w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2012 r., zamawiający poddał szczegółowej analizie udzielone na jego wezwanie wyjaśnienia odwołującego odnośnie elementów złożonej oferty, mających wpływ na wysokość ceny i przedstawił nowe szerokie okoliczności odrzucenia oferty odwołującego, do których odwołanie, ani się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić – stanowiące szczegółową argumentację w odniesieniu do każdego z elementów wyjaśnień odwołującego.

W ocenie Izby, w żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym przed Izbą uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej w przebiegu prowadzonego postępowania czynności – odrzucenia oferty odwołującego. (...) Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając – stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. (...) Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy – warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające dla wykazania, że cena złożonej oferty jest realistyczna. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

184. Sygn. akt: KIO 156/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego naliczenia punktów wykonawcy (...) Sp. z o. o., Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający popełnił omyłkę pisarską przypisując temu wykonawcy większą niż w rzeczywistości wyliczono liczbę punktów. W tym samym dniu zamawiający skorygował ilość przyznanych punktów. Nie można uznać iż zamawiający przekazał wykonawcom dwie różne informacje o wynikach oceny ofert. W ocenie Izby zamawiający dokonał jedynie poprawienia omyłki i przesłał wszystkim wykonawcom poprawioną informację o wynikach oceny ofert.

185. Sygn. akt: KIO 192/13, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

Wskazanie podstawy prawnej odrzucenia jego oferty oraz przywołane informacje zawarte w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również informacje zawarte w korespondencji mailowej przesłanej wykonawcom w tym samym dniu, w którym przekazano zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, pozwalały Odwołującemu nie tylko na powzięcie wskazanej wiedzy o podstawach odrzucenia jego oferty, ale również na sformułowanie w tym zakresie stosownych zarzutów i ich merytorycznego uzasadnienia w treści odwołania złożonego do Izby. (...) Istotne w tym zakresie jest tylko to, czy w obiektywnych warunkach postępowania istnieje możliwość identyfikacji podstaw faktycznych odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu – zdaniem Izby – istniała tak obiektywna możliwość.

186. Sygn. akt: KIO 593/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie

był bowiem w stanie sformułować w swoim odwołaniu – zarzutów 41 kwestionujących prawidłowość odrzucenia oferty – z przyczyn podawanych przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była korzystniejsza w dominującym kryterium oceny ofert, tj. – kryterium ceny – niż wykonawcy wybranego.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

187. Sygn. akt: KIO 2851/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Art. 93 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena 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 najkorzystniejszej oferty.

Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty Odwołującego (8 041 348,22 zł brutto) przekracza kwotę podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert (8 000 000,00 zł). Kwotę tę podano na podstawie przeprowadzonej podczas szacowania wartości zamówienia analizy rynku.

Podawana przed otwarciem ofert kwota jest pewną wartością wyrażoną liczbowo w złotych. Odnosić należy wartość oferty brutto do podanej przez Zamawiającego kwoty przed otwarciem ofert. Decydujące znaczenie zatem będzie mieć kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert i tylko do takiego aspektu należało odnieść się rozpatrując możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelevantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki unieważnienia postępowania. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1693/11). Dostrzeżenia również wymaga zmiana brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie nie istnieje już dyferencja poję-

ciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślana przez orzecznictwo i sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć” powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania. W obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosić należy do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

188. Sygn. akt: KIO 2926/12, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r.

Zamawiający informując wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniu 1, nie podał szczegółowego uzasadnienia swojej decyzji, ale w toku prowadzonej rozprawy podkreślił, że decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została, ponieważ Oddział, dla którego prowadzone było postępowanie nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Na dowód powyższego Zamawiający przedłożył pismo datowane na 6 grudnia 2012 roku (a więc sprzed daty o wyniku postępowania) z analizą planowanych dostaw materiałów na rok 2013 na rzecz Kopalni (...), z którego wynika, że Oddział przeznaczyć może na zadanie 1 i 6 na zakup materiałów 1 594 056,00 zł netto. W wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania oszczędności w zadaniu 6 po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wyniosły 14 637,32 zł, co oznacza że w zakresie zadania 1 brakująca kwota w stosunku do złożonej oferty wynosi 136 235,00 brutto, a Oddział taką kwotą nie dysponuje. Złożone dokumenty uznano za wiarygodne, Odwołujący ich autentyczności i prawidłowości poczynionych wyliczeń nie kwestionował.

Niewątpliwie, Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowania, w innych zadaniach dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, których cena nie mieściła się w jego pierwotnym budżecie (np. zadanie nr 8). Zachowania takiego nie należy jednak traktować jako reguły. Nie ma obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie konkretnego zadania, tak, aby obowiązkowo dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

189. Sygn. akt: KIO 241/13, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2013 r.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy utożsamiać z kwotą podawaną przy otwarciu ofert (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp). Od czasu nowelizacji z dnia 29.01.2010 r. [ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.] art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp posługuje się bowiem pojęciem „zamierza przeznaczyć”, tj. tym samym, które zostało użyte w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (por. także par. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.202 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” – do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami). Powyższe oznacza, że kwota podawana przy otwarciu ofert pełni rolę gwarancyjną, zapewniającą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zasadą wynikającą z przytoczonego przepisu jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert (...) Zdaniem Izby niedozwolone jest, w celu oceny zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, doliczanie do ceny ofertowej jakichkolwiek dodatkowych kosztów zamawiającego.

Art. 93 ust. 1 pkt 6**190. Sygn. akt: KIO 304/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.**

Izba uznaje przywołaną podstawę faktyczną unieważnienia postępowania za niespełniającą przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) samo założenie, że po unieważnieniu niniejszego przetargu, przy kolejnym zamówieniu, zamawiający ma potencjalną możliwość uzyskania niższych cen świadczenia usługi, nie stanowi jeszcze okoliczności, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Z takiego powodu można by unieważnić każde postępowanie, w którym zamawiający nie jest zadowolony z uzyskanych cen lub też widziałby możliwość uzyskania cen jeszcze niższych – w każdym bowiem przypadku oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych leżą w interesie publicznym. (...) przesłanką unieważnienia postępowania jest to, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a w konsekwencji także prowadzenie postępowania o udzielenie tego zamówienia jest bezcelowe. W niniejszej sytuacji ta okoliczność nie zaistniała – bezsporne jest, że usługi sprzątnięcia, transportu wewnątrzszpitalnego, opiekuńczo – pielęgnacyjne i higieniczne przy obsłudze pacjenta są niezbędne dla funkcjonowania szpitala (dotychczasowych placówek zamawiającego), a co zamawiający sam przyznaje wskazując, że zamierza je zamówić również w przyszłości.

Art. 93 ust. 1 pkt 7**191. Sygn. akt: KIO 2899/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.**

Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 pzp, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Zamawiający w rozstrzyganej sprawie, poza wskazaniem na oczywistą niemożliwość usunięcia z s.i.w.z. wadliwego postanowienia w trybie art. 38 ust. 4 pzp, upatruje takiej wady w tym, że żaden z wykonawców nie jest w stanie potwierdzić spełnić wymagań pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. Tymczasem w tym aspekcie przy pierwotnej ocenie ofert Zamawiający racjonalnie i prawidłowo ocenił, że ponieważ wymagania to jest bezprzedmiotowe, nie sposób oceniać jego spełnienia przez wykonawców.

192. Sygn. akt: KIO 224/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Stwierdzona wada postępowania polegająca na nieokreśleniu warunku posiadania wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności będącej przedmiotem postępowania

jest nieusuwalna na etapie badania i oceny ofert. Brak jednoznacznej informacji o tym, jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie reakcja wykonawców wskutek tego zaniechania mogłaby wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechania zamawiającego spowodowały rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawiły decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym skutkowało to wadą postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatorijną przesłankę unieważnienia przetargu.

Art. 94 ust. 3

193. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

Potwierdził się zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 94 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, który błędnie ocenił, że Odwołujący uchyła się od zawarcia umowy na zadanie 3. na warunkach wynikających z s.i.w.z. (...) Nie ulega zatem wątpliwości, że do podpisania umowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie doszło z powodu niedopełnienia przez Odwołującego wymaganej przez Zamawiającego formalności polegającej na przesłaniu pozwolenia radiowego nieobejmującego kilkunastu pierwszych godzin terminu realizacji zamówienia. Zamawiający jeszcze tego samego dnia uznał, że oznacza to uchylanie się przez Odwołującego od zawarcia umowy na warunkach określonych w s.i.w.z. W ocenie Izby takie stanowisko Zamawiającego było przedwczesne i oparte na zbyt wątplych przesłankach faktycznych. Gdyby Odwołujący, który dotychczas realizował usługi ochrony dla Zamawiającego, nie był zainteresowany podpisaniem nowej umowy, w ogóle nie usiłowałby dopełnić niezbędnych do jej zawarcia formalności. W szczególności nie starałby się uzyskać i przesłać wymaganej decyzji administracyjnej na trzy dni przed wyznaczonym terminem podpisania umowy. Okoliczności sprawy uzasadniają przypuszczenie, że ubiegając się o wydanie pozwolenia, Odwołujący przeoczył fakt nietypowego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia lub był w błędzie co do terminu obowiązywania umowy dotychczas wykonywanej na rzecz Zamawiającego (należy zauważyć, że w ogólnych warunkach umowy załączonych do aktualnej s.i.w.z. termin obowiązywania umowy określono wyłącznie za pomocą dat, bez godzin, a zatem mniej szczegółowo niż w pkt 8 s.i.w.z.). Prawdopodobnie Odwołujący dostrzegł to bezpośrednio po uzyskaniu pozwolenia, skoro jednocześnie wraz z jego przesłaniem zwrócił się do Zamawiającego o wskazanie w zawieranej umowie początku terminu realizacji zamówienia zbieżnego z datą legalnej możliwości rozpoczęcia używania urządzeń radiowych i wykorzystywania częstotliwości. Zamawiający oczywiście miał prawo nie zgodzić się na taką próbę przerzucenia na niego braku staranności Odwołującego przy prowadzeniu swoich spraw. Zważając jednak na to, że do przypadającego na 31 grudnia 2012 r. godz. 9:00 początku terminu realizacji zamówienia pozostało jeszcze kilka dni, Zamawiający mógł Odwołującemu wyznaczyć, choćby na 28 grudnia 2012 r., jeden dodatkowy termin podpisania umowy. Zamawiający nie sprawdził przy tym, czy propozycja Odwołującego wyznaczenia tego terminu na godz. 8:00 31 grudnia 2012 r. nie wynika wyłącznie z obawy o konieczność zachowania 3-dniowego terminu, który został zapisany w opisie formalności wprowadzonej przez Zamawiającego do s.i.w.z. Zamiast tego Zamawiający jeszcze 27 grudnia 2012 r. przypisał Odwołującemu zamiar uchylenia się od zawarcia umowy i oświadczył wobec niego, że zamierza skorzystać z art. 94 ust. 3 pzp (przywołany w treści zawiadomienia pkt 19.5 jest dosłownym przytoczeniem brzmienia tego przepisu). (...) Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu kolejnego terminu podpisania umowy, pomimo że dopełnienie wymaganej formalności było obiektywnie możliwe, a Odwołujący wykazywał wolę ich dopełnienia przed nadejściem terminu realizacji zamówienia.

Art. 138c ust. 1 pkt 4**194. Sygn. akt: KIO 63/13, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2013 r.**

Oświadczenie o wykorzystaniu ponad 50% udziału towarów pochodzących z państw UE nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tylko takie dokumenty mogą być wyjaśniane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie 1) warunków udziału w postępowaniu oraz 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Należy zauważyć, że zamawiający nie postawił wymogu, by zaoferowane produkty w ponad 50% pochodziły z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Jak wyjaśnił na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 roku oświadczenie takie miało być złożone w przypadku, gdyby zamawiający miał skorzystać z dyspozycji art. 138c ust. 2 ustawy Pzp. W myśl przywołanego przepisu jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszą oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%. Stosownie do art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest uprawniony do tego, by skorzystać z rozwiązania przewidzianego w art. 138c ust. 2 ustawy. Ustawa Pzp nie przewiduje wyjaśniania rozbieżności pomiędzy złożonym w tym zakresie przez wykonawcę oświadczeniem, a rzeczywistym stanem rzeczy.

Art. 139 ust. 1**195. Sygn. akt: KIO 110/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.**

Zasada swobody umów doznaje bowiem na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń, zarówno w odniesieniu do swobody Zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego. Co do zasady, to Zamawiający w sposób dyskrecyjonalny kształtuje treść dokumentacji decydując o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach umownych. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami może, ale nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto w momencie składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z postanowień umowy w sprawie zamówienia. Przywołania warte jest stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., w którym wskazano: „Podkreślić należy,

iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ Kc Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy” (sygn. akt XII Ga 314/11).

196. Sygn. akt: KIO 448/13, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2013 r.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z samego powyższego opisu wynika, że zasada swobody umów wymaga konsensusu dwóch stron – a więc z tego punktu widzenia nie ma przeszkód, by zamawiający wyraził swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie wymagań klienta zgodził, albo nie. W taki sposób zawieranych jest gros umów. Z drugiej zaś strony należy też zwrócić uwagę, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Co do drugiego z ww. ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Zatem ustawodawca odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych.

Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień jest zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie odmówił zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz odwołujący, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury). Zresztą ustalenie przez organizatora przetargu warunków tego przetargu jest ogólną regułą

prowadzenia przetargu (por. art. 70¹ Kodeksu cywilnego). Poza wszystkim jest to także konieczność organizacyjna, gdyż o ile zamawiający jest jeden, to po stronie wykonawców może wystąpić dowolna ilość podmiotów, z których każdy może mieć własną koncepcję brzmienia umowy, co z kolei byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

197. Sygn. akt: KIO 493/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.

Odwołujący wskazał, iż ukształtowanie w §11 ust. 2 projektu umowy konsekwencji braku odpowiedzi zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na prowadzenie robót przy pomocy danego podwykonawcy w sposób odmienny niż wynika to z przepisu art. 647¹ ust. 2 k.c. stanowi naruszenie tego przepisu, jako bezwzględnie obowiązującego. Izba podziela stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że odmienne od kodeksu cywilnego uregulowanie instytucji trybu akceptacji podwykonawcy dotyczy wyłącznie relacji zamawiający – wykonawca i ma jedynie na celu dyscyplinowanie wykonawcy, aby nie dopuszczał do wykonywania robót podmiotów niezatwierdzonych przez zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami § 11 projektu umowy, zamawiający ma prawo odmówić zgody na wykonywanie robót przez konkretnego podwykonawcę w przypadku podjęcia uzasadnionych podejrzeń, że kwalifikacje podwykonawcy lub jego wyposażenie w sprzęt nie gwarantują odpowiedniej jakości zamówionych robót budowlanych lub dotrzymania terminów. Brak odpowiedzi poczytuje się więc zgodnie z umową za brak zgody. Brak takiej zgody i dopuszczenie przez wykonawcę niezatwierdzonego podwykonawcy do wykonywania robót nie będzie powodowało wyłączenia solidarnej odpowiedzialności, lecz będzie uprawniało zamawiającego do żądania usunięcia takiego podmiotu z placu budowy i naliczenia wykonawcy kary umownej za każdy dzień prowadzenia robót przez niezatwierdzonego podwykonawcę. Tym samym takie uregulowanie umowne, powoduje zapewnienie należytej kontroli nad listą podwykonawców, wykonujących roboty budowlane, w celu ochrony zasadnych interesów zamawiającego.

Art. 150 ust. 2

198. Sygn. akt: KIO 110/13, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.

Art. 150 ust. 2 ustawy Pzp ustala maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Celem zabezpieczenia, określonym przez ustawodawcę w art. 147 ust. 2 ustawy Pzp jest zabezpieczenie pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ustawodawca zatem z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia do wysokości 10%. Brak jest wobec podstaw do przyjęcia tego, że uprawnione i możliwe jest podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawy w przypadku, gdy zamawiający pokrył częścią zabezpieczenia swoją szkodę. Takiej interpretacji wymienionych przepisów sprzeciwia się treść art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, a także cel ustanawiania zabezpieczenia. Za taki stojący w opozycji do przepisów ustawy Pzp uznano zapis warunków kontraktowych w postępowaniu wymagający od wykonawcy, zgodnie z subklau-

zulą 4.2., aby „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem.”

Jednakże, biorąc pod uwagę okoliczność, że Izba nie jest związana żądaniem Odwołującego wyartykułowanym w odwołaniu, uznano żądanie usunięcia zapisu w całości za daleko idące, a za wystarczające uznano usunięcie z powyższego zadania słów „i Kontraktem”. Oznacza to, iż wykonawca zobowiązany będzie do wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przewidzianej przez Zamawiającego, tj. 10%, a nawet w przypadku zmniejszeniu kwoty w trakcie realizacji umowy poprzez dokonane potrącenia przez Zamawiającego swojej szkody, wykonawca nie będzie zobowiązany do uzupełniania kwoty do ponownego osiągnięcia limitu 10%. Z drugiej strony istnienie limitu zabezpieczenia nie ogranicza Zamawiającego w dochodzeniu jego uzasadnionych roszczeń przekraczających kwotę zabezpieczenia na zasadach ogólnych.

Art. 179 ust. 1

199. Sygn. akt: KIO 2819/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wyczerpana. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, co do braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, że zaoferowana przez niego cena oferty przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że podstawą unieważnienia postępowania jest sytuacja, gdy oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta odwołującego nie jest na datę składania odwołania ofertą o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, tym samym nie można uznać, że już na dzień składania odwołania odwołujący nie miał szansy na uzyskanie zamówienia z uwagi na zaistnienie przesłanek unieważnienia postępowania.

200. Sygn. akt: KIO 2721/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się potencjalnie ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania wyjaśnienia treści s.i.w.z. udzielone przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę, jeżeli w ich wyniku nie będzie mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia.

201. Sygn. akt: KIO 2889/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania z zadania nr 1, 3 i 4, na które złożył ofertę. Kryteria oceny ofert w postępowaniu obejmowały: cenę – 90%, długość prowadzenia działalności w zakresie usług leśnych - 5%, liczba zatrudnionych pracowników z wykształceniem leśnym – 5%. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę we wszystkich zadaniach (1,3,4), nie podlegała jednak ocenie z uwagi na czynność wykluczenia dokonaną przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż w zakresie zadania 1 i 4 różnica w cenie pomiędzy Odwołującym a Przystępującym – Konsorcjum Leśne jest na tyle znacząca, że zapewnia Odwołującemu uzyskanie większej punktacji niezależnie od punktacji oferty w kryteriach pozacenowych. W przypadku zadania 3, gdzie różnica cenowa jest mniejsza, nie jest wykluczone, że oferta Przystępującego – Konsorcjum (...) pozostałaby ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający podnosił, iż zgodnie z przeprowadzonymi przez niego symulacjami w zakresie zadania 3 Odwołujący nie uzyskałby zamówienia, nie przedstawił jednak wyników

tych symulacji. Izba uznała, iż z uwagi na przyjęte kryteria oceny ofert możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia w zakresie zadania 1 i 4 została potwierdzona, natomiast co do zadania 3 nie wykazano, iż uzyskanie zamówienia jest wyłączone. Ponadto zgodnie z SIWZ Zamawiający dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności, że została złożona na więcej niż jedną część zamówienia (zadanie), wyodrębniając warunki udziału w postępowaniu dotyczące takich wykonawców, zasadnym było zatem wniesienie odwołania dotyczącego wszystkich części (zadań), na jakie została złożona oferta.

202. Sygn. akt: KIO 2887/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest wątpliwa – jego oferta została prawomocnie odrzucona z postępowania (w związku z wykonaniem przez Zamawiającego orzeczenie sygn. akt KIO 2438/12; okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował), zatem Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie ma więc interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie może ponieść szkody w wyniku ewentualnego wskazywanego w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wywodził, że unieważnienie postępowania będzie prowadziło do ogłoszenia nowego postępowania, które będzie miał szanse wygrać – jednak stanowisko takie nie zasługuje na akceptację: „interes w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu – w tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie – do określonego przedmiotu świadczenia. Wydaje się, że celem zakreślenia granic legitymacji do wniesienia odwołania w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych było ograniczenie prawa wykonawcy do ochrony własnego interesu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc nie jest to jakikolwiek interes faktyczny.

203. Sygn. akt: KIO 2865/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.

Kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Ponadto zauważyć należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji własnej wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Wobec powyższego Izba stwierdza, że wobec podziału zamówienia na części odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia tylko na część IV przedmiotowego zamówienia, gdyż tylko na tę część złożył swoją ofertę. Tym samym rozstrzygnięcie podniesionych zarzutów odwołania może nastąpić tylko w tym zakresie. (...) Kwestia ewentualnej jednakowej oceny ofert złożonych przez innych wykonawców, opartej na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, na obecnym etapie jest zatem pozostawiona działaniom Zamawiającego i pozostaje poza zakresem wydanego orzeczenia. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławczej w postanowieniu z dnia 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, oraz w wyroku z dnia 17 lipca 2012 r. w spr. KIO 1430/12).

204. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Natomiast podjęta następnie przez Zamawiającego czynność – z powoła-

niem się na przepis art. 94 ust. 3 pzp – zmierzająca do wyboru kolejnej w rankingu oferty złożonej przez Przystępującego – naraża Odwołującego na szkodę z uwagi na nieuzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Bez wpływu na istnienie po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania pozostaje również – ustalony w toku postępowania odwoławczego przez Izbę – fakt zawarcia 28 grudnia 2012 r. przez Zamawiającego z Przystępującym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta ma natomiast bezpośredni wpływ na zakres żądań odwołania, które obiektywnie mogą być zaspokojone.

205. Sygn. akt: KIO 2822/12, 2864/12, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.

Izba ustaliła, że zarówno Odwołujący X, jak i Odwołujący Y spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania. Odwołujący X złożył najtańszą ofertę w postępowaniu (jedyne kryterium – cena). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu zatem możliwość uzyskania zamówienia. Z kolei Odwołujący Y także złożył ofertę w postępowaniu, która została odrzucona. Wobec faktu odrzucenia wszystkich pozostałych ofert i ze względu na brak możliwości przewidzenia, czy którykolwiek z wykonawców odwoła się od decyzji Zamawiającego, Odwołujący Y miał potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Dodatkowo jako, że był jedynym wykonawcą, którego oferta została odrzucona z powołaniem się na inne uzasadnienie niż w odniesieniu do pozostałych 15 wykonawców, nawet złożenie odwołania przez innego wykonawcę, nie pozbawiało go szans na uzyskanie zamówienia w przypadku oddalenia takiego odwołania.

206. Sygn. akt: KIO 186/13, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r.

Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Ogłoszenie oraz specyfikacja, jak dowodził odwołujący zawierają postanowienia naruszające przepisy ustawy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców lub w ogóle uniemożliwić złożenie oferty. Wobec powyższego działanie zamawiającego narusza interes odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

207. Sygn. akt: KIO 462/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.

Ponadto wskazać należy, iż postępowanie odwoławcze nie służy kształtowaniu przez wykonawców dogodnych dla nich warunków uczestnictwa w przetargu poprzez stworzenie możliwości zaoferowania wybranego sprzętu, lecz sanowaniu naruszeń ustawy Pzp, których skutkiem jest ograniczenie (możliwość ograniczenia) konkurencji (tj. nieuzasadnione zawężenie kręgu podmiotów, które mogłyby złożyć ofertę), spowodowane wadliwym, niezgodnym z ustawą Pzp określeniem opisu przedmiotu zamówienia.

208. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy (lub uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi), który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi (wykonawcy), który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jedno-

czniejsi ponieść lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Pierwsza z ww. przesłanek wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, jest spełniona, jeżeli odwołujący wykaże, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej. Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że ponieść lub może ponieść szkodę. Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Jednocześnie, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Art. 180 ust. 1

209. Sygn. akt: KIO 2884/12, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r.

Na wstępie Izba przyjęła, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego. Tym samym Odwołujący może wobec działań podejmowanych przez Zamawiającego formułować zarzuty naruszenia jedynie przepisów ustawy Pzp. Nazbyt daleko idącym byłoby zarzucanie Zamawiającym naruszenia tylko i wyłącznie przepisów dyrektyw, których implementację ma stanowić właśnie ustawa Pzp. Dlatego też Izba uznała, iż nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE. Co ważne Odwołujący wobec czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp nie podnosił naruszenia przez Zamawiającego żadnego z przepisów ustawy Pzp.

210. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza również, że odwołanie nie zostało wniesione od czynności podjętej przez Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z art. 180 ust. 1 pzp wynika, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia – w przypadku przetargu nieograniczonego – należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei przepis art. 94 ust. 3 pzp stwarza zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a pzp w kwestii określenia momentu zakończenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego wynika jedynie tyle, że jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez przyzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, że chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa.

Art. 180 ust. 3

211. Sygn. akt: KIO 152/13, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r.

Co do zarzutu nie wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w tym zakresie żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Na poparcie swoich twierdzeń i zasadności zarzutu Odwołujący przywołał naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów wskazuje na możliwość dla Izby przy uwzględnieniu odwołania, jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była zawarta, nakazania zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego. Drugi z przywołanych przepisów ustawy Pzp wskazuje na konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeśli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp odnoszą się do określonych działań Izby podejmowanych w związku z uwzględnieniem odwołania. Dyspozycje tych przepisów skierowane są nie do podmiotu zamawiającego, lecz do Izby. Tym samym zatem Zamawiający nie może naruszyć swoim działaniem wskazanych norm prawnych.

212. Sygn. akt: KIO 492/13, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2013 r.

Zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp okazał się bezpodstawny. Zgodnie z powołanym przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie tylko nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych, potwierdzających naruszenie wskazanego przepisu, ale w ogóle jakichkolwiek okoliczności faktycznych, stanowiących uzasadnienie przedmiotowego zarzutu. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarzut ten w ogóle nie poddaje się ocenie.

213. Sygn. akt: KIO 493/13, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r.

Izba podziela pogląd zamawiającego, iż za nietrafne należy uznać powoływanie się przez odwołującego na naruszenie zasad współżycia społecznego, które mają charakter norm aksjologicznych. Zwrócić należy uwagę, iż odwołujący nie podał uzasadnienia konkretnie, którą zasadę współżycia społecznego naruszył zamawiający.

214. Sygn. akt: KIO 542/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest na przykład samo generalne wskazanie na fakt, iż oferta, czy nawet jakaś jej wskazana część, jest niezgodna z treścią SIWZ lub jej fragmentem, ale wskazanie i opisanie, co w ofercie i w jaki sposób jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, czyli podniesienie na czym ta niezgodność polega. Zarzuty odwołania sformułowane w inny sposób nie nadają się ani do rozpoznania przez Izbę. Jak wskazano, o istocie i treści zarzutu przesądzają okoliczności faktyczne, do których dany zarzut się odnosi (np. wskazanie na czym polega zarzucana niezgodność treści oferty, czyli co, z czym i w jaki sposób jest niezgodne z SIWZ). W szczególności za zarzut w rozumieniu ww. przepisu nie może być uznane

generalne żądanie, aby Izba przeprowadziła badanie całej oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i sprawdziła czy jest ona zgodna z SIWZ. Kwestionowanie postanowień czy danych ofertowych, które odwołującemu nie są znane, w ogólny sposób, rzadko wypełnia postulaty nadającego się do rozpoznania zarzutu, opisane powyżej. W postępowaniu kontradyktoryjnym, jakim jest postępowanie odwoławcze, odwołujący nie powinien liczyć na dokonanie kontroli całej oferty (lub jej wskazanych fragmentów), niejako z urzędu, przez Izbę. Izba rozpoznaje i orzeka w przedmiocie akuratanie sformułowanych zarzutów odwołań, a nie dokonuje kontroli postępowania w bliżej nieokreślonym zakresie, odnośnie którego wykonawca konkretnych zarzutów, z jakichkolwiek względów, nie jest w stanie sformułować.

Art. 180 ust. 5

215. Sygn. akt: KIO 2811/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Co do terminu przesłania kopii odwołania zamawiającemu Izba stwierdziła – co nie było sporne – że kopia odwołania została przesłana zamawiającemu ostatniego dnia terminu, tego samego dnia, w którym odwołanie zostało złożone w Izbie. Wniesienie odwołania nastąpiło za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej UZP. Elektroniczna skrzynka podawcza jest narzędziem, które w realny sposób umożliwia składanie odwołań do ostatniej minuty ostatniego dnia terminu. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący musi przesłać kopię przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Skoro termin do wniesienia odwołania upływał 17 grudnia o godz. 23.59, to również w tej samej chwili upływał termin na przesłanie kopii odwołania. Inna interpretacja tego przepisu prowadziłaby do tego, że termin na wniesienie odwołania byłby *de facto* skrócony, gdyż nieskuteczne byłoby wniesienie odwołania (w znaczeniu konieczności jego odrzucenia) pomiędzy godziną zakończenia pracy przez zamawiającego (np. 15.00) a godz. 23.59. Art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych powtarza założenia zwykłej cywilistycznej teorii doręczenia, która nie mówi o tym, że adresat oświadczenia rzeczywiście to oświadczenie odbierze lub się z nim zapozna, a jedynie, że ma taką możliwość, gdyż dotarło ono do jego siedziby. Zresztą wskazuje na to również drugie zdanie tego przepisu: „domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.” Zatem doręczeniem jest także odebranie pisma przez faks lub serwer zamawiającego, nawet po godzinach jego pracy, jeśli nastąpiło w dziennym (datowym) terminie wyznaczonym ustawą.

216. Sygn. akt: KIO 2895/12, Postanowienie KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przekazanej kopii odwołania zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp). Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości, iż chodzi tu o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie zamawiającemu i Izbie informacji o tej samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treści odwołania, należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. [Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. – *przyp. red.*] w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi:

- a) przedstawienie zarzutów,
- b) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,
- c) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania „tworzy” treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu faksu różniącego się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza, iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp., albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

217. Sygn. akt: KIO 2830/12, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Wskazać należy, że odwołujący błędnie przyjął, że fakt nadania w tym dniu odwołania w placówce pocztowej listem poleconym stanowi o zachowaniu terminu do wniesienia odwołania. W przeciwieństwie bowiem do treści przepisu art. 184 ust. 2 Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązujący obecnie przepis art. 180 ust. 4 ustawy Pzp nie daje podstawy do przyjęcia, iż nadanie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Dla zachowania terminu do wniesienia odwołania konieczne jest, aby odwołanie wpłynęło do Prezesa KIO w terminie przewidzianym w ustawie. W obecnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp brak jest bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO.

Art. 185 ust. 2–3

218. Sygn. akt: KIO 2839/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Odnosnie zgłoszonego przystąpienie (...) Sp. J. w R. – zostało niniejsze zgłoszone w przywołanym terminie faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Nie ma także możliwości wezwania do uzupełnienia braków formalnych, jak w wypadku odwołania. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 [aktualnie ze zm. – przyp. red.]) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca. Wobec powyższego, Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 24.12.2012 r. włącznie, żaden wykonawca skutecznie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp).

219. Sygn. akt: KIO 223/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Nie został zachowany termin do zgłoszenia przystąpienia. Jak przyznał sam zgłaszający przystąpienie, kopię odwołania otrzymał w dniu 29 stycznia 2013 r. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 1 lutego 2013 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby dopiero 6 lutego 2013 r. Zgłaszający przystąpienie nadał wprawdzie zgłoszenie przystąpienia w dniu 1 lutego 2013 r. w placówce pocztowej operatora wyznaczono-

nego. Podkreślenia wymaga jednak, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych brak bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Termin na zgłoszenie przystąpienia ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest zgłoszenie przystąpienia.

220. Sygn. akt: KIO 213/13, KIO 216/13, Postanowienie KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

W uzasadnieniu stanowiska Izby wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z analizy powyższego przepisu wynika, że zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Izby w formie pisemnej w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. (tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołań). Tym samym, za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wyłącznie za pośrednictwem faksu (w sytuacji, gdy zgłoszenie przystąpienia nie wpłynie w terminie w formie pisemnej), ponieważ forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. (...) dla ważności przesłania informacji dla wykonawcy nie ma żadnego znaczenia godzina nadania informacji, oraz to czy miało to miejsce w dniach wolnych od pracy. Rolą każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest takie zorganizowanie pracy odpowiednich służb, aby przesyłane do niego informacje zostały niezwłocznie przekazane osobom uprawnionym do składania oświadczeń w imieniu tego podmiotu.

221. Sygn. akt: KIO 237/13, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego wobec zgłoszonych przystąpień na mocy art. 197 ustęp 1 w związku z art. 366 KPC wskazując, że zgodnie z art. 185 ustęp 3 wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron, czyli orzeczenie Izby wydane na korzyść którejkolwiek ze stron musi oddziaływać na sferę praw i obowiązków wykonawcy przystępującego. Biorąc pod uwagę, że orzeczenie Izby rozstrzyga spór jedynie w zakresie objętym przedmiotem tego sporu, w tym przypadku w zakresie części 5 zamówienia i jest wiążące tylko pomiędzy tymi stronami, to nie może oddziaływać na inne części tego samego postępowania o zamówienie publiczne, a skoro tak to wydane orzeczenie w niniejszej sprawie nie dotyczy innych części postępowania, w związku z tym nie może oddziaływać na sferę praw i obowiązków wykonawców, którzy złożyli oferty na te części. Tym samym nie osiągną oni żadnej korzyści z faktu oddalenia odwołania. Taka interpretacja art. 185 ustęp 3 znajduje dodatkowe poparcie w art. 179 ustęp 1, który wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują temu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. W tym przypadku danym zamówieniem jest część 5 zamówienia.

222. Sygn. akt: KIO 237/13, KIO 244/13, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r.

Izba uznała, że Konsorcjum X wykazało interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, w sytuacji gdy jeden z zarzutów odwołania dotyczy uznania przez zamawiającego, że złożenie oferty przez Konsorcjum Y stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, na skutek zaferowania elementu przedmiotu zamówienia, która to czynność stanowi naruszenie umowy licencyjnej zawartej przez jednego z członków Konsorcjum (X). Interes

w rozumieniu art. 185 ust. 2 Pzp należy interpretować szeroko, a w związku z tym z pewnością spełnieniem przesłanki w przystąpieniu jest interes ekonomiczny, handlowy itp. związany z działalnością gospodarczą wykonawcy.

Art. 186 ust. 2–3

223. Sygn. akt: KIO 2858/12, Postanowienie KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.

Skoro zatem Zamawiający poinformował, że uwzględnił w całości zarzuty odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zasadność zarzutów Odwołującego. Powyższe oświadczenie Zamawiającego nie podlega ocenie przez Izbę co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji powyższe oświadczenie Zamawiającego obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

224. Sygn. akt: KIO 2804/12, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy pzp Izba uznaje za niezasadny. Powołany przepis stanowi, że w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący, wskazując na literalne brzmienie przepisu, oczekiwał zadośćuczynienia przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania, w tym otrzymania maksymalnej liczby punktów i otrzymania zaproszenia do złożenia oferty.

Powtarzając czynność oceny wniosków, zamawiający po przeanalizowaniu dokumentów nie dokonał wskazanych czynności objętych żądaniem. W ocenie Izby, przy ponownej ocenie wniosków w postępowaniu Zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ustalenia rankingu wniosków zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu. Była to nowa czynność w postępowaniu, która doprowadzić ma do prawidłowego ustalenia wyniku tego etapu postępowania. Może to prowadzić do sytuacji, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie, iż w wyniku ponownej oceny Zamawiający podjął czynności, które nie będą odpowiadały żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu. Zamawiający, uwzględniając odwołanie zobowiązany jest do powtórzenia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, co jednak nie oznacza, iż Zamawiający nie może uwzględnić innych okoliczności, które do tychczas pominął przy ocenie wniosków. Uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, ma jedynie ten skutek, iż Zamawiający zobowiązany jest do powtórzenia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, z uwzględnieniem zakresu uwzględnionych zarzutów. Nie przesądza to jednak automatycznie o poprawności powtórzonej przez Zamawiającego czynności. Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego o konieczności przyznania mu maksymalnej liczby punktów, gdyż było to żądanie uwzględnionego odwołania. Ponowne badanie i ocena wniosków nie może polegać na automatycznym i literalnym uwzględnieniu przez zamawiającego wszystkich żądań odwołującego. Czynności te muszą być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, w tym zasadą z art. 7 i regulacjami art. 51 ust. 2, w którym mowa jest o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i ich ocenianiu w celu ustalenia wykonawców, których oceniono najwyżej. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dokonał czynności oceny wniosku odwołującego i nie uchybił złożonemu oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania. Potrzeba racjonalnego stosowania art. 186 ust. 2 ustawy wynika też z dość powszechnej praktyki żądania wykonawców wyeliminowanych z postępowań, nie tylko przywrócenia ich, lecz i wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej. Ograniczenie się do literalnej wykładni przepisu dokonanej przez odwołującego łączyłoby się zatem z naruszeniem innych prze-

pisów ustawy. Warto także zauważyć, że przepis stanowi o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, a następnie dokonania czynności zgodnie z żądaniem. W tym miejscu ustawodawca nie użył sformułowania „wszystkimi żądaniami”, co jest wskazówką, iż tak, jak w sprawie niniejszej, zamawiający dokonuje kolejnych koniecznych czynności, z których co najmniej jedna, pierwsza w kolejności, jest zgodna z żądaniem odwołującego. W sprawie rozpatrywanej zamawiający unieważnił oceny wniosków zgodnie z żądaniem odwołania, a następnie wykonał kolejne czynności postępowania prowadzące do wyniku niesatysfakcjonującego wykonawcę.

225. Sygn. akt: KIO 2899/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Jednakże wbrew stanowisku Odwołującego, samo naruszenie art. 186 ust. 2 pzp nie mogłoby być podstawą do uwzględnienia odwołania, w szczególności zaś do nakazania Zamawiającemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec zawartych w odwołaniu sugestii jakoby Izba umarżając poprzednie postępowanie odwoławcze oceniała merytoryczną zasadność zarzutów odwołania, które je wszczęło – stanowczo należy temu zaprzeczyć. Istota instytucji umorzenia postępowania odwoławczego opisanej w art. 186 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarża postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma możliwości stwierdzenia, że uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego czy zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których zasadności przy umorzeniu postępowania Izba nie ocenia. Z kolei w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 pzp, merytoryczne rozpoznanie odwołania nie może ograniczać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, jednakże nie zawsze tak jest. Nie może to prowadzić do konieczności usankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem. Z tego względu zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 pzp, a tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami odwołania, są prawidłowe, to odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz o jego merytorycznym rozpoznaniu. Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że Zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp.

226. Sygn. akt: KIO 2883/12, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 14.01.2013 r. stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, w oparciu o treść pisma Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2013 r., przekazanego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej faksem w dniu 08.01.2013 r. i listownie w dniu 10.01.2013 r., że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. W dniu 31.12.2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ze strony Wykonawcy (...) Sp. z o.o. W dniu 09.01.2013 r. przystępujący do postępowania odwoławczego został wezwany do złożenia oświadczenia

w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie trzech dni, tj. do 12.01.2013 r. Do wskazanego terminu Wykonawca nie złożył oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. Mając powyższe ustalenia na względzie, Izba stwierdziła, iż zachodzi przesłanka z art. 186 ust. 3 ustawy do umorzenia postępowania odwoławczego.

227. Sygn. akt: KIO 161/13, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2013 r.

Dla wywarcia skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, konieczne jest uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze czynności, jakie zamawiający podejmie w związku z uwzględnieniem zarzutów, pozostają bez znaczenia dla ustalenia przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Art. 189 ust. 2 pkt 1

228. Sygn. akt: KIO 94/13, Postanowienie KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.

Taki jak stwierdziła Izba, w protokole postępowania Druk ZP-PN w punkcie 2, Zamawiający podał, że wartość zamówienia określona została na kwotę 38.211,38 zł, co stanowi równowartość 9.506,26 euro. Zatem w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza kwoty 14 000 euro. Dla tych zamówień nieprzekraczających wskazanej wartości (bez podatku VAT) ustawodawca zrezygnował z obowiązku stosowania ustawy przez zamawiających, wymagając wyłącznie – zdaniem Izby – aby przy wydatkowanie środków publicznych, zamawiający przestrzegali zasad wynikających z przepisów o finansach publicznych, w tym art. 44 ust. 3 u.o.f.p., który to przepis stanowi m.in., że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Tym samym w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, również w zakresie środków ochrony prawnej, o których stanowi dział VI ustawy Pzp. To oznacza, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba obowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli w prowadzonym postępowaniu stwierdzi brak zastosowania przepisów ustawy Pzp. Prowadzonego postępowania przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest „Powielenie płyt zawierających aplikacje o tematyce z zakresu prewencji wypadkowej wraz z ich dostawą” nie można bowiem uznać w świetle ustawy Pzp za postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba nie jest właściwa do udzielania ochrony prawnej uczestnikom tej procedury. Na marginesie Izba zauważa, że nawet gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego o zastosowaniu przepisów ustawy Pzp – tak jak błędnie wskazano w specyfikacji, ogłoszeniu o zamówieniu oraz protokole postępowania – to przy zamówieniach, których wartość nie przekracza kwoty 130. 000 euro, w ustawie Pzp – odpowiednio art. 182 ustawy Pzp – określono pięciodniowy termin na wniesienie odwołania.

229. Sygn. akt: KIO 280/13, Postanowienie KIO z dnia 15 lutego 2013 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) [aktualnie Dz. U. t.j. z 2013 r., poz. 907 ze zm. – *przyp. red.*] Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. W myśl art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ustawa nie ma zastosowania do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 52.830,56 zł, tj. 13.143,24 euro. Co prawda odwołujący się zarzucił zamawiającemu bezzasadne przyjęcie, że wartość zamówienia jest niższa niż wartość progowa 14 000 euro, w sytuacji, gdy zamówienie przekracza tę kwotę, jednak w tym zakresie odwołanie zostało wniesione po ustawowym terminie, określonym w art. 182 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp. Zapytanie ofertowe, zawierające informację o tym, iż wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza 14 000 euro, zostało bowiem wystosowane do wykonawców w dniu 18 stycznia 2013 roku i od tego dnia należy liczyć termin na wniesienie odwołania na jego treść.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

230. Sygn. akt: KIO 2788/12, Postanowienie KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że dla skutecznego wniesienia odwołania i dochowania terminów na jego wniesienie, o których mowa w art. 182 ustawy Pzp, ma znaczenia fizyczne złożenie odwołania do Prezesa Izby, stosownie do regulacji przywołanego art. 180 ust. 4 ustawy Pzp – w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Dla skuteczności złożenia odwołania w ustawowym terminie nie mogą mieć znaczenia problemy techniczne, na które wskazywał w piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r., kierowanym do Izby, pełnomocnik Odwołującego, związane z działaniem elektronicznej platformy, przy użyciu której Odwołujący składa odwołanie do Prezesa Izby (e-PUAP). Odwołujący powoływał się bowiem na okoliczność, iż niedotrzymanie przez niego terminu na złożenie odwołania spowodowane było trwającymi w dniach 14-16 grudnia 2012 r. pracami technicznymi i przerwą serwisową w działaniu platformy e-PUAP. Do swojego pisma dołączył korespondencję z administratorem platformy, z której wynika, iż faktycznie w dniach: 14 grudnia 2012 r. od godz. 18:00 – 16 grudnia 2012 r. do godz. 15:00 na platformie e-PUAP przeprowadzano przerwę serwisową. Jednocześnie administrator informował, że przerwa ta miała również miejsce w dniu 12 grudnia 2012 r. w godz.: 19:00–23:00. Komunikat o wskazanych przerwach serwisowych w działaniu platformy e-PUAP – jak wynika z pisma administratora platformy przedstawionego przez Odwołującego – widniał na platformie e-PUAP od dnia 11 grudnia 2012 r., a wskazane przerwy techniczne odbyły się zgodnie z harmonogramem.

W ocenie Izby wskazane powyżej okoliczności nie usprawiedliwiają niedochowania przez Odwołującego terminu na złożenie odwołania do Prezesa Izby. Podkreślić bowiem należy, że terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej zostały przez ustawodawcę określone w sposób sztywny. W przypadku wnoszenia odwołania ustawodawca w ustawie Pzp oraz aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie nie przewidział instytucji przywrócenia terminu, na jaką choćby wskazuje art. 168 Kodeksu postępowania cywilnego. Z tych też względów Odwołujący, będąc profesjonalistą, w szczególności jeśli informacje o przerwach technicznych w działaniu platformy e-PUAP zostały w odpowiednim wyprzedzeniu podane do wiadomości użytkowników platformy, przedsięwziąć określone działania i środki dla zabezpieczenia poprawności formalnoprawnej złożonego odwołania, w tym dotrzymania terminu na jego złożenie. Ustawodawca bowiem – obok formy elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym, elektronicznym podpisem, przewidział również możliwość wnoszenia odwołania bezpośrednio do Prezesa Izby w formie pisemnej. Niedopełnienie wskazanych wymogów obciąża odwołującego się wykonawcę, który w tym zakresie nie dochował należytej staranności i złożył odwołania po upływie ustawowego terminu na jego złożenie.

231. Sygn. akt: KIO 2832/12, Postanowienie KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.

W tym dniu X zwróciła się o udostępnienie ofert złożonych przez innych wykonawców. W odpowiedzi na powyższe, mailem z dnia 26.11.2012 r. zamawiający poinformował X, iż oferty zostaną udostępnione w siedzibie zamawiającego w dniu 27.11.2012 r. Następnie w tym dniu, zamawiający udostępnił oferty Y i Z jedynie w części, tj. w zakresie nie objętym przez ww. wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 28.11.2012 r. X pisemnie zwróciła się do zamawiającego o udostępnienie ofert Y i Z w zakresie nie udostępnionym w dniu

27.11.2012, jako niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa. Na powyższy wniosek zawiązujący bezpośrednio nie odpowiedział. (...)

W przypadku niniejszego odwołania, ze względu na wartość zamówienia, będzie to art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, który stanowi, iż odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Terminem, w którym odwołujący powziął w tym przypadku informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia jego odwołania, tj. o fakcie, iż zamawiający odmawia mu udostępnienia części ofert, które w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinny być jawne (jak twierdzi odwołujący), był dzień 27.11.2012 r. Termin na wniesienie odwołania na powyższe zaniechanie zamawiającego, liczony według przepisu art. 182 ust. 3 Pzp, upływał więc w dniu 07.12.2012 r., a odwołanie wniesione w dniu 20.12.2012 r. uznano za wniesione po terminie.

232. Sygn. akt: KIO 2874/12, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w szczególności przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3 nakazującego odrzucenie odwołania w razie stwierdzenia, że odwołanie wniesiono po upływie terminu określonego w ustawie. Przystępujący (...) S.L., wskazując na powyższą przesłankę odrzucenia wyraził pogląd, że w niniejszej sprawie odwołanie zostało złożone przedwcześnie, a zatem z uchybieniem terminu wniesienia. Pogląd taki *de lege lata* jest bezpodstawny i zapewne opiera się na nieobowiązującym przepisie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, gdzie rzeczywiście zawarto normę o uchybieniu terminów ustawowych. Obecnie jedynie uchybienie terminu polegające na jego przekroczeniu stanowi podstawę odrzucenia odwołania. Kwestia zatem przedwczesności odwołania podlega zatem rozpatrzeniu merytorycznemu w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy. W rozpatrywanej sprawie Izba nie podziela poglądu o przedwczesności wniesienia odwołania. Odwołanie dotyczy czynności odmowy ujawnienia zastrzeżonych informacji przez wykonawców. Uzasadnione jest stanowisko, że zamawiający ma prawo dokonywać oceny ofert i zastrzeżeń do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej i nie może być niejako zmuszany do wcześniejszego rozstrzygnięcia zasadności zastrzeżeń. O ile jednak podejmie w tym zakresie decyzję, a tak się stało w niniejszej sprawie, decyzja o odmowie udostępnienia informacji jest czynnością, na którą odwołanie przysługuje.

233. Sygn. akt: KIO 223/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał odwołującemu faksem w dniu 24 stycznia 2013 r. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 29 stycznia 2013 r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w formie pisemnej dopiero w dniu 1 lutego 2013 r.

Odwołujący nadał wprawdzie odwołanie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 28 stycznia 2013 r. i w tym samym dniu faksem. Podkreślenia w tym miejscu wymaga jednak, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora wyznaczonego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po rzeczowej nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie.

234. Sygn. akt: KIO 236/13, Postanowienie KIO z dnia 13 lutego 2013 r.

2 lutego 2013 r. przypadał w sobotę, która nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, nie ma więc zastosowania przepis art. 115 kodeksu cywilnego. Tym samym odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby 4 lutego 2013 r., należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Na gruncie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – po wejściu w życie nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania konieczne jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej) w ustawowym terminie określonym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to z braku w obecnie istniejących przepisach domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby, które znajdowało się w art. 184 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych we wcześniejszym brzmieniu (sprzed wskazanej nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiał być powrót do ogólnej zasady doręczenia poprzez utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Dla porównania należy wskazać, że inne unormowanie jest przewidziane dla wniesienia skargi na orzeczenie Izby (art. 198b ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) czy w art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego.

235. Sygn. akt: KIO 510/13, Postanowienie KIO z dnia 13 marca 2013 r.

Z treści odwołania, wniosku Zamawiającego z dnia 11.03.2013 r. oraz z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13 w dniu 12.03.2013 r. wynika, że tak ogłoszenie o zamówieniu, jak i postanowienia SIWZ zostały upublicznione na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19.02.2013 r. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ upływał w dniu 01.03.2013 r. W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO – w dniu 06.03.2013 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Jednocześnie, Izba zauważa, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: *„złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwości wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na pocztę, to i w art. 182 Pzp takie rozwiązanie by wprost wprowadził. Podobnie Izba podniosła w postanowieniu KIO z dnia 14.03.2012 r., sygn. akt: KIO 448/12, jak również w orzecznictwie Sądów Okręgowych, w którym wskazuje się, iż złożenie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest jednoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (por. SO we Wrocławiu X Ga sygn. akt 254/10 z dnia 16.11.2010 r., SO w Łodzi sygn. akt X Ga 311/10 z 26.11.2010 r.).

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 06.03.2013 r., a nie 01.03.2013 r. (w tym dniu Odwołujący złożył odwołania w placówce pocztowej – zgodnie z datą na stemplu pocztowym), jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Art. 189 ust. 2 pkt 5**236. Sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r.**

Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ma miejsce tylko wówczas jeżeli zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu. Jeżeli wykonał je niezgodnie z żądaniem to czynności powtórzone podlegają powtórnej kontroli w drodze środków ochrony prawnej, jednakże kontrola ta jest dokonywana przez Izbę w odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie zaś tylko w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż jest to nowa czynność podlegająca zaskarżeniu, zaś jej wyjście poza żądanie lub sprzeczność z nim uniemożliwiają jedynie zastosowanie instytucji odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 6**237. Sygn. akt: KIO 2824/12, Postanowienie KIO z dnia 9 stycznia 2013 r.**

Bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Dlatego też, Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. Ponadto błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie nie rodzi po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Powyższe zatem skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

238. Sygn. akt: KIO 97/13, Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Zarzuty dotyczące tego typu czynności zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności odrzucenia oferty Odwołującego lub jego wykluczenia z postępowania, a tej dokonanej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego czynności wykonawca w odwołaniu nie zakwestionował, wskazując jedynie na naruszenie przepisu ogólnego, mianowicie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, który nie może być samodzielną podstawą zarzutu.

239. Sygn. akt: KIO 160/13, Postanowienie KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

W tak ustalonym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na odrzucenie z uwagi na to, że co do opisu przedmiotu zamówienia w zamówieniach tzw. podprogowych nie przysługuje odwołanie, a co reguluje art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten wytycza zakres odwołań w zamówieniach podprogowych, precyzując je do zarzutów opartych co do sposobu wyboru prowadzenia postępowania to jest w zakresie zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, sposobu opisu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu czyli warunki podmiotowe oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego czy wykluczenia odwołującego z postępowania. Żadna z okoliczności powyżej wy-

mienionych nie wystąpiła i w związku z tym nie została zaskarżona przedmiotowym odwołaniem, a które to odwołanie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia i wnioskowane z tym naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

240. Sygn. akt: KIO 383/13, Postanowienie KIO z dnia 27 lutego 2013 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. (...)

Przedmiotowe odwołanie nie dotyczy czynności określonych w ww. przepisie – jak w wyniku z jego treści zostało wniesione względem wyboru i zaniechania odrzucenia innego wykonawcy, niż odwołujący.

W związku z powyższym, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy, odwołanie odrzucono.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

241. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że nie przekazanie wraz z kopią odwołania załączników stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że kopia nie została – w całości przesłana Zamawiającemu, tudzież nie mógł Zamawiający w konsekwencji przeprowadzić pełnej merytorycznej oceny złożonych odwołań. Powyższa kwestia wymaga każdorazowo analizy danego stanu faktycznego. Załączniki do obu odwołań miały albo charakter formalny podlegający badaniu przez Prezesa KIO i skład orzekający Izby, ewentualnie stanowiły kopie dokumentów znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, jako ich autora lub będącego ich odbiorcą. Ich brak także nie uniemożliwił Zamawiającemu obszernego odniesienia się do odwołań w ramach udzielonych odpowiedzi na oba odwołania. Odnosząc się, zaś do wydruków ze stron internetowych stanowiących załączniki do odwołania KIO 90/13, Izba wskazuje, że podano ich dokładne adresy internetowe. Izba nie uznała twierdzeń Zamawiającego o braku możliwości samodzielnego zapoznania się z nimi.

Art. 190 ust. 1

242. Sygn. akt: KIO 2755/12, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnie-

nia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). To na Odwołującym, który twierdził, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania konsorcjum, ciążył obowiązek wykazania niewykazania spełnienia przez konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia – Odwołujący ograniczył swoją argumentację jedynie do wykazania, że treść złożonego oświadczenia nie znajduje potwierdzenia w dokumentach złożonych na okoliczność wykazania należytej realizacji usługi (referencjach) z czego również uczynił zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego co zostało wykazane w uzasadnieniu rozpoznania poszczególnych zarzutów, jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy mógł składać dowody, które by potwierdziły stanowisko Odwołującego, czego nie uczynił.

243. Sygn. akt: KIO 2903/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Skoro więc zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, czy cena podana w ofercie wykonawcy (...) jest rażąco niska to ciężar udowodnienia, iż taka sytuacja w danym stanie faktycznym wystąpiła spoczywa na odwołującym, a więc osobie, która zgodnie z art. 6 k.c. z faktu tego wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, iż cena zaoferowana przez wykonawcę (...) nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Niezależnie od powyższego w kontekście wyjaśnień złożonych na rozprawie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez wykonawcę (...) nie jest ceną niewiarygodną i oderwaną od cen obowiązujących na rynku, a wręcz przeciwnie jest porównywalna z cenami aktualnie oferowanymi na rynku tego rodzaju zamówień i nic nie wskazuje na to, aby przedmiot zamówienia miał być wykonywany poniżej kosztów. Tym samym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie potwierdził.

**244. Sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13,
Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.**

Na marginesie, Izba przypomina stronom oraz uczestnikom postępowania, że zgodnie z § 19 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280 [aktualnie Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. – *przyp. red.*]) wszystkie dokumenty przedstawia się na rozprawie w j. polskim, a jeżeli zostały sporządzone w j. obcym, strona oraz uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na j. polski. W konsekwencji, Izba nie dopuściła jako dowodu i nie przyjęła wydruku w j. angielski strony internetowej: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>, który zamierzało przedłożyć Konsorcjum (...) na rozprawie w dniu 31.01.2013 r.

245. Sygn. akt: KIO 179/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Po pierwsze – poza ogólnikowym zakwestionowaniem możliwości powoływania się przez X S.A. jako jednego z dwóch konsorcjantów na wiedzę i doświadczenie zdobyte przez konsorcjum przy realizacji zamówienia na rzecz (...), Odwołujący nie sprecyzował żadnego konkretnego zarzutu, nie wspominając już o jego udowodnieniu. Odwołujący jedynie domniemywa, bazując wyłącznie na fakcie wykonywania tego zamówienia wspólnie przez dwóch wykonawców, że być może faktyczny zakres prac wykonanych przez spółkę X nie odpowiadał

warunkowi wynikającemu z ppkt 1 pkt 1 pkt I § 6 s.i.w.z. Jeżeli Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie w tym zakresie nieprawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, powinien podać konkretne okoliczności faktyczne wskazujące na brak zdobycia przez X S.A. odpowiedniego doświadczenia. Same przypuszczenia Odwołującego oraz popieranie przytoczonej w odwołaniu opinii na temat zagrożeń i nadużyć, które mogą wynikać z powoływania się na wiedzę i doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu zamówienia przez konsorcjum, nie tworzą zarzutu nadającego się do pozytywnego rozpatrzenia.

246. Sygn. akt: KIO 180/13, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Kontrydaktoryjność postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w obowiązku udowodnienia prawdziwości twierdzeń prezentowanych w jego trakcie. Powyższy obowiązek wynika przede wszystkim z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

247. Sygn. akt: KIO 262/13, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Co do złożenia przez przystępującego zobowiązania do współpracy opatrzonego „budzącą uzasadnioną wątpliwość co do swojej prawdziwości datą”, czyli antydatowanego, Izba stwierdziła, iż okoliczność ta pozostaje w sferze przekonania odwołującego, które jednak, nawet jeśli słuszne, zgodnie z zasadami procesowymi powinno być udowodnione. Tymczasem odwołujący tej okoliczności w żaden sposób nie udowodnił. Uzasadnienie, iż gdyby zobowiązanie rzeczywiście zostało sporządzone z datą 2 stycznia 2013 r., odwołujący załączyłby je do oferty, jest niewystarczające. Sytuacja taka rzeczywiście mogła mieć miejsce, podobnie jednak jak i sytuacja wskazana w przypuszczeniach zamawiającego czy w wyjaśnieniach przystępującego.

248. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontrydaktoryjny, co zakłada aktywność procesową stron i uczestników zmierzającą do przekonania składu orzekającego do swoich twierdzeń. Odwołujący, który powołuje się na nadmierny i ograniczający konkurencję charakter wymagań zamawiającego, poprzestał tymczasem wyłącznie na oświadczeniu, pozbawionym merytorycznej argumentacji.

Izba w powstałej sytuacji procesowej („oświadczenie zamawiającego przeciw oświadczeniu odwołującego”) uznała racje zamawiającego, mając na względzie, że rozmiar wykonanej lub zmienionej funkcjonalności nie był kwestionowany przez odwołującego. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że wymaganie zamawiającego było nadmierne, nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

249. Sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r.

Zdaniem Izby to nie Zamawiający winien wykazywać, dlaczego nie przyznał Odwołującemu Konsorcjum (...) maksymalnej czy wnioskowanej punktacji, lecz Odwołujący (...), że jego oferta na takową zasługiwała.

Art. 190 ust. 7

250. Sygn. akt: KIO 2890/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału, zaś ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu – w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej – dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej

konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Art. 192 ust. 2

251. Sygn. akt: KIO 2888/12, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r.

Do takich samych wniosków doszedł także zamawiający dokonując modyfikacji treści siwz poprzez usunięcie niejednoznacznych postanowień w dniu 9 stycznia 2013 r. Izba stwierdziła, że zamawiający zastrzegając dla siebie nieskonkretyzowane prawo weryfikacji oferty poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawiających usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp. Naruszył art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, jednak Izba wzięła pod uwagę fakt, że przed rozpoczęciem rozprawy zamawiający usunął sporne postanowienia siwz dokonując w dniu 9 stycznia 2013 r. modyfikacji siwz, a tym samym stwierdzone naruszenie w dacie wyrokowania nie ma już wpływu na wynik postępowania. Z tego względu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

252. Sygn. akt: KIO 134/13, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie została zaskarżona w całości czynność zamawiającego z dnia 18.01.2013 r. w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego. Wniesionym odwołaniem zaskarżono czynność zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1; ust. 4 i konsekwentnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Natomiast nie została zaskarżona czynność zamawiającego co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Niemniej z uwagi na skuteczną czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP z powodu jej nie zaskarżenia we wniesionym odwołaniu czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego pozostaje niewzruszona.

Tym samym stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP nie będzie miało wpływu na wynik postępowania i odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

253. Sygn. akt: KIO 165/13, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2013 r.

W konkluzji Izba stwierdza, że wydając orzeczenie w niniejszej sprawie Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Tak jak ustalono żaden z zarzutów dotyczących oferty uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy X nie został uwzględniony. Tym samym uznane przez Izbę jako zasadne naruszenia w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Y pozostają bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

254. Sygn. akt: KIO 272/13, KIO 285/13, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r.

Art. 191 ust. 2 Pzp nakazuje, aby Izba wydając orzeczenie brała pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może stać się podstawą uwzględnienia odwołania, jedynie w sytuacji,

gdy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonana przez zamawiającego zmiana kwestionowanego punktu ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem odwołującego powoduje, że przesłanka wpływu na wynik postępowania nie jest spełniona na moment zamknięcia rozprawy.

**255. Sygn. akt: KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13,
Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r.**

Zamawiający przed rozprawą zmodyfikował wymagania w zakresie Specjalisty ds. administrowania bazą danych – zrezygnował z wymagań odnośnie administrowania systemem operacyjnym zgodnie z żądaniami odwołania. Tym samym w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, nawet stwierdzenie zasadności ww. zarzutu odwołania nie miałoby wpływu na zapadłe rozstrzygnięcie.

256. Sygn. akt: KIO 467/13, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 r.

(...) sporna pomiędzy stronami była zatem jedynie wskazana przez zamawiającego podstawa prawna „wykluczenia oferty” odwołującego, jak również odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł, że dokumenty, których miał nie uzupełnić, nie dotyczyły potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne (to jest przewidzianych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), a odnosiły się jedynie do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (to jest przewidzianych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Z powyższego wywodził, że zamawiający nie mógł wykluczyć go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – tj. z powodu niewykazania spełnienia warunków, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stanowisko odwołującego w tym zakresie jest słuszne, zaś zamawiający naruszył przywołane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, tj. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 i 90 ustawy Pzp. Instytucja wykluczenia wykonawcy ściśle wiąże się z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu, który złożył ofertę, zaś instytucja odrzucenia oferty – ze stroną przedmiotową oferty (przedmiotem świadczenia). Zamawiający zaś uznał, że ustalony przez niego stan faktyczny prowadzi do „wykluczenia oferty” z powodu niewykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, która to instytucja nie jest znana ustawie Pzp. Należy przy tym wyjaśnić, że jeśli o chodzi o dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, to można wyróżnić dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokumenty podmiotowe, tj. potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). W razie ich niezłożenia, w przypadku obu rodzajów dokumentów obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże konsekwencje nieuzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów różnią się w zależności od ich rodzaju. W przypadku dokumentów przedmiotowych sankcją jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, zaś w przypadku dokumentów podmiotowych – wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty, których odwołujący w świetle pisma zamawiającego z dnia 20 lutego 2013 r. nie uzupełnił, są dokumentami przedmiotowymi. Skoro zatem zamawiający stwierdził, nie złożono tego rodzaju dokumentów, zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast wykonawca z omawianych względów nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ani tym bardziej „wykluczeniu nie podlegała jego oferta”.

W konsekwencji nieprawidłowym było również przywołanie przez zamawiającego jako dodatkowych podstaw prawnych rozstrzygnięcia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wiążących się z instytucją wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu tego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. Zaś za wynik postępowania należy uznać jego rezultat (tj. wybór danej oferty jako najkorzystniejszej, bądź unieważnienie postępowania). W ocenie Izby naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Jak bowiem wyjaśniono wcześniej, oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Poprawienie jedynie błędnej podstawy prawnej nie zmieni w żaden sposób sytuacji w postępowaniu.

Art. 192 ust. 3

257. Sygn. akt: KIO 14/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r.

W przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie w okolicznościach dopuszczonych w ustawie pzp, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Izba jest uprawniona na podstawie przepisu art. 190 ust. 8 ustawy pzp do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia przesłanek jej unieważnienia, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu jej obowiązywania. Jedną z przesłanek podlegania przez umowę unieważnieniu wskazaną w art. 146 ust. 1 pzp, do którego z kolei odsyła art. 192 ust. 3 pkt 2 pzp, jest zawarcie przez zamawiającego umowy z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 pzp, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Jak to wynika z powyżej przedstawionych rozważań, Izba stwierdziła w rozstrzyganej sprawie niedochowanie wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp 10-dniowego terminu, co ma istotne znaczenie, zważając na to, że w ten sposób umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z Przystępującym, zamiast z Odwołującym. Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c pzp orzekła o skróceniu obowiązywania umowy zawartej 28 grudnia 2012 r. pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym na realizację zadania 3., uwzględniając wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje ewentualnego unieważnienia umowy. Choć naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 94 ust. 1 i 3 pzp wypaczyło rezultat postępowania, Izba uwzględniła, że do podjęcia przez Zamawiającego błędnej decyzji przyczynił się w pewnym stopniu Odwołujący. W ocenie Izby konsekwencją unieważnienia w całości umowy byłby brak zapewnienia wymaganej ochrony obiektów wojskowych, z tego względu Izba uznała, że utrzymanie umowy w mocy – przez okres niezbędny dla udzielenia nowego zamówienia – leży w ważnym interesie publicznym związanym ze sferą interesów bezpieczeństwa państwa w dziedzinie obronności. Izba uznała skrócenie obowiązywania umowy do 31 marca 2013 r. za rozsądny kompromis pomiędzy umożliwieniem Zamawiającemu przeprowadzenia nowego postępowania a dążeniem do zachowania zakresu zamówienia, które w jego wyniku zostanie udzielone. Ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przeciągu miesiąca od daty wszczęcia postępowania, jeżeli ogłosi nowe postępowanie bez zbędnej zwłoki, to będzie miał możliwość jego zakończenia w sposób prawidłowy przez okres blisko dwóch i pół miesiąca. Jednocześnie przy takim skróceniu obowiązywania umowy dla nowego zamówienia pozostanie ponad roczny okres realizacji, który powinien być wystarczający dla zainteresowania wykonawców ubieganiem się o jego udzielenie.

Art. 192 ust. 7**258. Sygn. akt: KIO 2818/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.**

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wskazać należy, iż Izba na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co należy również rozciągnąć nie tylko na zakaz rozpoznawania merytorycznego takich zarzutów, ale również na postępowanie dowodowe. Dopuszczone formalnie dowody zostały zatem cenione jako nieprzydatne w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Izba nie jest ani uprawniona, ani zobligowana do „zastępowania” zamawiającego w czynnościach badania i oceny ofert. Ocenia jedynie dokonane przez podmiot zamawiający czynności biorąc pod uwagę wskazane w treści środka odwoławczego powszechnie obowiązujące przepisy prawa oraz postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które stanowią dopełnienie regulacji ustawowych.

259. Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Wprawdzie zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp kognicją Izby nie są objęte zarzuty, które nie zostały podniesione w odwołaniu, jednak w przypadku zaskarżenia czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przedmiotowe wyłączenie nie dotyczy ustawowych wymogów, które muszą zostać spełnione, aby czynność wykluczenia w oparciu o tę podstawę prawną uznać za dokonaną w sposób zgodny z regulacją ustawy Pzp. Oznacza to, iż dokonywana przez Izbę ocena prawna prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – a tego dotyczy zarzut podniesiony w odwołaniu – wymaga także analizy i rozstrzygnięcia, czy dochowane zostały przez Zamawiającego ustawowe wymogi proceduralne poprzedzające czynność wykluczenia, niezależnie od tego, czy zostały one w odwołaniu wyraźnie powołane. Bez takiej weryfikacji niemożliwym jest bowiem prawidłowe rozpatrzenie zarzutu dotyczącego czynności wykluczenia z postępowania. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba uznała, że Zamawiający, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie dochował wymogu prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymogu postawionego w SIWZ rozdział IX pkt 1.1. ppkt 4. Wezwanie do uzupełnienia wykazu wykonanych usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które miało miejsce pismem z 30 listopada 2012 r., dotyczące pkt 1.1 ppkt 4, odnosiło się do całkowicie innego zakresu niż ten, który stał się podstawą czynności wykluczenia – braki wykazu usług, w związku z którymi nastąpiło wezwanie, dotyczyły wyłącznie dat wykonania zamówień oraz ich wartości. Zastrzeżenia Zamawiającego co do przedmiotowej prawidłowości prac przedstawionych przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu znalazły wyraz jedynie w wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, która to procedura nie zastępuje wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

260. Sygn. akt: KIO 135/13, Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r.

Izba stwierdziła, że przedstawiona przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy okoliczność, która w jego ocenie świadczyła o niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, nie została zakomunikowana odwołującemu jako przyczyna odrzucenia jego oferty. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy.

W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy.

Art. 192 ust. 9 i 10

261. Sygn. akt: KIO 2880/12, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła – stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz koszty opłaty od pełnomocnictwa i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu Odwołującego wykazanych w spisie kosztów przedłożonym Izbie, uznając, że koszty te nie są uzasadnione. Odwołujący nie przedstawił bowiem w tym zakresie rachunku, który uzasadniałby poniesienie kosztów w określonej wysokości, wskazanej w spisie kosztów. Przynajmniej nie określił on miejsca, z którego dojazd odbywał się, a także środka lokomocji, w przypadku zaś ewentualnego dojazdu na rozprawę PKP koniecznym byłoby przedłożenie rachunku wystawionego przez przewoźnika (znamiona takiego rachunku wypełnia również bilet PKP).

262. Sygn. akt: KIO 12/13, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono: wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie kopii biletu przewoźnika PKP Intercity – zgodnie z § 3 pkt 2 odpowiednio lit. b oraz a przywołanego rozporządzenia. Nie zasądzono natomiast wnioskowanych również przez Odwołującego kosztów podróży powrotnej pełnomocnika, z uwagi brak przedstawienia w tym zakresie rachunku (biletu) do zamknięcia rozprawy.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Aukcja elektroniczna** – 188
- Autorskie prawa** – 110
- B**
- Błąd w obliczeniu ceny** – 122
- C**
- Cena** – 6, 109, 114, 116, 117, 120, 123, 125, 126, 138, 148, 149, 153, 155, 159, 163, 164, 165, 169, 172, 174, 175, 176, 179, 187, 194, 198, 199, 243
- **jednostkowa** – 121, 125, 164, 165, 177
 - **kalkulacja** – 6, 172
 - **rażąco niska** – 153, 154, 156, 157, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 183, 243
 - **ryczałtowa** – 84, 109, 209
 - **sposób obliczenia** – 114, 115, 134, 135, 141, 165
- Certyfikat** – 10, 92
- Ciężar dowodowy** – 39, 47, 118, 177, 242, 243, 250
- Czyn nieuczciwej konkurencji** – 147, 148, 149, 151, 151, 152, 222
- Czynność** – 3, 4
- D**
- Dialog techniczny** – 82
- Dialog konkurencyjny** – 82
- Dokumentacja projektowa** – 84, 108,
- Dokumenty** – 7, 8, 10, 21, 24, 32, 33, 38, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 58, 61, 63, 68, 75, 78, 80, 143, 194
- **przedmiotowe** – 59, 60, 61, 72, 77, 194, 256
- **uzupełnianie** – 19, 28, 54, 56, 57, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 110, 140, 143, 256
 - **wyjaśnienia** – 48, 66, 70, 80, 81, 143, 194
 - **wykaz osób** – 16, 41, 76
 - **wykaz sprzętu** – 7
 - **wykaz wykonywanych zadań** – 15, 40, 45, 43, 67, 70
 - **zagraniczne** – 162
- Domniemanie** – 40, 151, 166, 215, 217, 219, 234, 235, 245, 260
- Dowody** – 39, 49, 91, 105, 130, 148, 151, 170, 172, 174, 176, 242, 244, 245, 247, 248, 249, 250, 252, 258
- Dostawa** – 13
- Doświadczenie** – 13, 14, 15, 17, 21, 24, 26, 27, 39, 40, 45, 48, 49, 53, 54, 64, 67, 71, 143, 242, 245
- Dziennik Urzędowy UE** – 19
- E**
- Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS)** – 148, 154, 168
- F**
- Formularz ofertowy** – 49, 109, 110, 115, 121, 122, 125, 148, 160, 165
- Fax** – 215, 216, 218, 220, 233
- G**
- Gwarancja:**
- **ubezpieczeniowa** – 106
 - **bankowa** – 100, 101, 104, 106, 107
- H**
- Harmonogram** – 127, 128, 131, 140

I**Interes:**

- publiczny – 190, 257
- w przystąpieniu – 221, 222
- w uzyskaniu zamówienia – 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 221

K

Koncesja – 66

Konkurs – 110, 145

Konsorcjum – 18, 27, 29, 30, 36, 64, 67, 139, 147, 158, 160, 222, 242

Kosztorys – 6, 126, 137, 148, 164, 170

Koszty – 261, 262

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 34, 62, 69, 93, 95, 113, 118, 120, 123, 149, 156, 165, 176, 183, 187, 202, 203, 211, 233, 234, 235

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 31, 32, 33, 35, 55

Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 52, 161, 162

Kryteria – 72, 114, 132, 141, 180, 181, 182, 186, 194, 201

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 177, 187, 188, 189, 199

N

Należyta staranność – 15, 29, 30, 69, 92, 230, 231

Należyte wykonanie zamówienia – 51, 53, 54, 105, 165

Negocjacje z ogłoszeniem – 82, 144

Niekaralność – 31, 32, 33, 34, 35, 55

Nieprawdziwe informacje – 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 68

O**Odwołanie:**

- kopia – 215, 216, 219, 241

– oddalenie – 225, 251

– odrzucenie – 215, 228, 229, 232, 235, 236, 237, 239, 240, 256

– uwzględnienie – 99, 113, 186, 211, 216, 223, 224, 225, 226, 227, 253, 254, 256

– uzupełnieni braków formalnych – 259

– złożenie – 97, 199, 203, 209, 210, 230, 234

Oferta:

– badanie i ocena – 3, 113, 149, 187, 210, 258

– częściowa – 18, 126, 147, 148, 188, 201, 203, 221

– najkorzystniejsza (wybór) – 3, 107, 114, 155, 180, 184, 185, 188, 191, 204, 210, 225, 232, 252

– odrzucenie – 28, 70, 110, 112, 113, 116, 118, 119, 121, 122, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 149, 151, 152, 154, 157, 163, 170, 172, 173, 177, 178, 183, 185, 186, 194, 202, 205, 214, 238, 252, 256, 260

– treść – 8, 62, 73, 76, 77, 106,, 110, 111, 112, 114, 117, 118, 120, 121, 123, 124, 127, 128, 129, 132, 133, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 204

– wyjaśnienie treści – 7, 46, 121, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 126, 128, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 183, 209

Ogłoszenie o zamówieniu – 11, 15, 24, 38, 65, 81, 94, 95, 97, 99, 100, 235, 258

Omyłka – 113, 118

– inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 114, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129

– pisarska – 104, 114, 184

– rachunkowa – 114

Opcja – Opozycja – 221

Oświadczenie:

– woli – 28, 49, 95, 98, 106, 112, 113, 116, 120, 122, 123, 138, 140, 143, 220

– wiedzy – 53

P

Parafa – 142

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 12, 28, 69, 139, 162, 261

Pisemność – 8, 49, 102, 110, 160, 218, 220, 230

PKD – 56

Placówka pocztowa – 81, 217, 219, 233, 234

Podatek VAT – 158, 159, 177

Podmiot trzeci – 64, 65, 66, 67, 75

Podwykonawca – 14, 16, 67, 115, 136, 197

Polisa – 18, 19, 20, 23, 52, 56, 57

Postępowanie odwoławcze – 99, 170, 204, 207, 214

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 210
– przygotowanie – 36, 37

Potencjał:
– ekonomiczny (finansowy) – 18, 19, 21, 22, 23, 30
– kadrowy – 16, 17, 21, 24, 26, 27, 41, 49, 66, 72, 76
– techniczny – 21, 27, 62, 65, 66

Proporcjonalność – 26

Protokół odbioru – 50

Protokół z postępowania – 228

Próba – 59, 73, 110, 124

Przedmiar robót – 84, 126, 137

Przedmiot zamówienia – 1, 13, 20, 25, 26, 29, 30, 36, 37, 52, 56, 73, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 120, 124, 126, 207, 212, 239

Przetarg nieograniczony – 15, 90, 210

Przetarg ograniczony – 89

Przystąpienie/Przystępujący – 216, 218, 219, 220, 221, 226

R

Rachunek zysków i strat – 261

Referencje – 1, 14, 15, 48, 53, 54, 58, 242

Roboty budowlane – 14, 17, 45, 49, 51, 58, 67, 79, 84, 96, 108, 109, 126, 148, 164, 170, 197

Równoważność – 77, 93

S

Sąd Najwyższy (SN) – 5, 134, 148, 151, 250

Sąd Okręgowy (SO) – 2, 16, 48, 54, 119, 120, 123, 177, 195, 235

Skarga – 235

Specyfikacja – 36, 38, 65, 81, 94, 95, 99, 100, 144, 235, 258
– wyjaśnienia – 62, 97, 98, 200
– zmiana – 98, 196, 251, 255

Spółka komandytowa, spółka komandyto-wo-akcyjna – 34

Sprzeciw – 226

Szkoda – 198, 200, 202, 204, 208

Ś

Środki ochrony prawnej – 4, 26, 183, 186, 203, 208, 219, 221, 228, 230, 236, 237, 258

Świadczenia – 110, 111, 117, 123, 138, 140, 157

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 5, 6, 7, 170, 214, 231, 232

Termin – 167

– odwołanie – 215, 217, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235
– realizacji zamówienia – 88, 96, 141
– składania ofert – 11, 21, 23, 31, 32, 36, 47, 63, 69, 74, 78, 97, 100, 105, 110, 112

U

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej – 19, 20, 23, 30, 52, 56

Uczestnik postępowania – 221

Umorzenie postępowania – 223, 225, 226, 227

Umowa:

- **cywilnoprawna** – 195
- **nieważność** – 4, 191, 192, 257
- **projekt** – 197
- **wzór** – 23, 94
- **zawarcie** – 3, 4, 48, 54, 62, 140, 191, 210

Unieważnienie postępowania – 70, 71, 107, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 196, 199, 202, 210, 257

Uprawnienia – 192

Usługi:

- **leśne** – 16,
- **ochrony** – 193
- **odbiór odpadów komunalnych** – 15

W

Wadium – 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 137

Wartość zamówienia – 37, 153, 155, 156, 157, 163, 164, 177, 187, 228, 229, 231, 237

Warunki udziału w postępowaniu – 1, 3, 13, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 40, 41, 45, 47, 49, 57, 58, 62, 63, 64, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 76, 78, 79, 80, 143, 192, 224, 245, 256

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 224

Wpis – 261

Wykluczenie wykonawcy – 24, 26, 27, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 46, 47, 57, 62, 66, 70, 71, 78, 105, 143, 152, 201, 238, 242, 256, 259

Wykładnia – 116

- **autentyczna** – 98, 112
- **celowościowa** – 68, 69, 94
- **gramatyczna (językowa)** – 37, 224

- **rozszerzająca** – 191
- **systemowa** – 68

Wykonawca – 27, 29, 30

Wynagrodzenie pełnomocnika – 261, 262

Wynik postępowania – 38, 46, 99, 114, 186, 191, 192, 242, 251, 252, 253, 254, 255, 256

Z

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy – 198, 210

Zamawiający – 48, 65

Zamówienia:

- **informatyczne** – 88, 158
- **sektorowe** – 194

Zamówienie z wolnej ręki – 108

Zarzuty – 150, 209, 212, 214, 216, 224, 225, 227, 236, 238, 239, 242, 245, 253, 255, 258, 259, 260

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- **jawności** – 7, 120
- **języka polskiego** – 9, 10, 244
- **równego traktowania** – 1, 2, 4, 11, 30, 39, 58, 60, 65, 90, 95, 120, 165, 180, 181, 191, 194, 196, 238
- **swobody umów** – 165, 195, 196
- **uczciwej konkurencji** – 1, 2, 4, 11, 26, 36, 39, 58, 60, 65, 67, 85, 86, 89, 90, 91, 92, 95, 120, 147, 148, 152, 173, 179, 191, 238
- **udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z Pzp** – 2

Zasady współżycia społecznego – 196, 213, 225

Zdolność kredytowa – 22

Zespół Arbitrów (ZA) – 163

Ż

Żądania – 198, 204, 216, 224, 225, 236, 255

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – 1, 2, 3, 4, 10, 11, 15, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 47, 56, 57, 58, 60, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 82, 85, 86, 89, 91, 93, 97, 99, 100, 103, 105, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 150, 151, 152, 153, 154, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 182, 183, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 246, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262
- 2) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) – 4, 39, 84, 95, 98, 116, 118, 161, 195, 196, 197, 234, 242, 243
- 3) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 21, poz. 94 ze zm.) – 221, 230, 234
- 4) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 1998 r. Nr 24, poz. 296 ze zm.) – 66
- 5) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 148, 150, 151
- 6) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.) – 105, 134
- 7) Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 576) – 66
- 8) Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.) – 9
- 9) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 158, 159
- 10) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 672) – 52, 162
- 11) Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) – 228
- 12) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 r., poz. 331) – 149
- 13) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 187, 189, 234, 235
- 14) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1999/5/WE z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie urzędzeń radiowych i końcowych urzędzeń telekomunikacyjnych oraz wzajemnego uznawania ich zgodności (Dz. U. L 91 z 7.4.1999, str. 10–28) – 10
- 15) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114–240) – 42, 43, 209

- 16) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – 8, 19, 21, 22, 32, 50, 52, 53, 54, 57, 59, 60, 61, 77
- 17) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 261, 262
- 18) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – 216, 244
- 19) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – 8, 19, 21, 22, 32, 50, 52, 53, 54, 57, 59, 60, 61, 77

