

# **Krajowa Izba Odwoławcza**

## **Orzecznictwo – zamówienia publiczne**

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





Pomoc Techniczna  
dla Funduszy Europejskich

Dofinansowane przez  
Unię Europejską



KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

# ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
I SĄDÓW OKRĘGOWYCH

Warszawa 2024 r.

Nr 6  
2024 rok (1)

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Nr 6

2024 rok (1)

Zespół redakcyjny zeszytu nr 1 w składzie:

Irmina Pawlik

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Ernest Klauziński

Beata Konik

Anna Kuszal-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Jolanta Markowska

Izabela Niedziątek-Bujak

Katarzyna Odrzywolska

Katarzyna Paprocka

Bartosz Stankiewicz

Agnieszka Trojanowska

Pod kierownictwem:

Irminy Pawlik

Wydawca:

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

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

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Skład, łamanie i druk:

Pracownia Poligraficzno-Intrologatorska INTRO-DRUK Sp. z o.o.

Warszawa 2024 r.

---

<b>WPROWADZENIE</b> .....	15
<b>Art. 7 pkt 21</b> .....	16
1. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1703/23.....	16
<b>Art. 8 ust. 1</b> .....	16
2. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1653/23, KIO 1676/23..	16
3. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23.....	17
<b>Art. 8 ust. 4</b> .....	19
4. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1643/23.....	19
<b>Art. 16 pkt 1</b> .....	21
5. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 110/23, KIO 114/23 ....	21
6. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1717/23.....	21
<b>Art. 17 ust. 2</b> .....	22
7. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1189/23.....	22
<b>Art. 18 ust. 1</b> .....	23
8. Wyrok z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 512/23.....	23
<b>Art. 18 ust. 3</b> .....	23
9. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 244/23 .....	23
10. Wyrok z dnia 1 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 404/23.....	24
11. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 674/23.....	24
12. Wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 619/23, 622/23.....	26
13. Wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 783/23.....	26
14. Wyrok z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 778/23.....	28
15. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 808/23.....	29
16. Wyrok z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 869/23.....	30
17. Wyrok z dnia 24 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 970/23.....	31
18. Wyrok z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1210/23.....	31
19. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1305/23.....	32
20. Wyrok z dnia 6 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1479/23, KIO 1480/23, KIO 1481/23, KIO 1482/23.....	32
21. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1580/23.....	33
22. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1669/23.....	34
<b>Art. 20 ust. 2</b> .....	35
23. Wyrok z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1619/23.....	35

---

<b>Art. 27 ust. 1</b> .....	37
24. Uchwała z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 9/23 .....	37
<b>Art. 59</b> .....	38
25. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1726/23 .....	38
<b>Art. 61 ust. 1</b> .....	38
26. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 329/23 .....	38
<b>Art. 63 ust. 1</b> .....	39
27. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 587/23 .....	39
28. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1788/23 .....	40
<b>Art. 64</b> .....	42
29. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1106/23 .....	42
<b>Art. 68</b> .....	42
30. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 554/23 .....	42
<b>Art. 99 ust. 1</b> .....	43
31. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1333/23 .....	43
32. Wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1730/23 .....	44
33. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1834/23 .....	46
<b>Art. 99 ust. 4</b> .....	46
34. Wyrok z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 603/23 .....	46
35. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1322/23 .....	47
36. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1653/23, 1676/23 .....	47
<b>Art. 106 ust. 2</b> .....	48
37. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 749/23 .....	48
<b>Art. 107 ust. 1 i 2</b> .....	49
38. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 482/23 .....	49
39. Wyrok z dnia 2 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1078/23 .....	50
40. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1162/23 .....	51
41. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1515/23 .....	52
42. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1591/23 .....	52
<b>Art. 107 ust. 3</b> .....	53
43. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1669/23 .....	53

---

<b>Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2</b> .....	54
44. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23 .....	54
45. Wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1257/23.....	56
<b>Art. 108 ust. 1 pkt 5</b> .....	56
46. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1054/23 .....	56
<b>Art. 109 ust. 1 pkt 4</b> .....	57
47. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1614/23.....	57
<b>Art. 109 ust. 1 pkt 5</b> .....	57
48. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 279/23.....	57
49. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 481/23.....	58
50. Wyrok z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1462/23.....	59
51. Wyrok z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1575/23.....	60
<b>Art. 109 ust. 1 pkt 7</b> .....	60
52. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 481/23.....	60
53. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 746/23.....	61
54. Wyrok z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1429/23 .....	61
55. Wyrok z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1453/23.....	63
56. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1661/23 .....	63
<b>Art. 109 ust. 1 pkt 10</b> .....	66
57. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 259/23.....	66
58. Wyrok z dnia 20 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 261/23.....	67
<b>Art. 109 ust. 3</b> .....	67
59. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23.....	67
<b>Art. 110 ust. 1 i 2</b> .....	68
60. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 373/23.....	68
<b>Art. 111 pkt 4</b> .....	69
61. Wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 913/23.....	69
62. Wyrok z dnia 28 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1203/23 .....	70
<b>Art. 112 ust. 1</b> .....	72
63. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 49/23 .....	72
64. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 205/23 .....	72
65. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 224/23 .....	73
66. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 557/23.....	73

---

67. Wyrok z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1207/23.....	74
68. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1578/23.....	74
69. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23, KIO 1832/23.....	75
<b>Art. 114 pkt 1</b> .....	75
70. Wyrok z dnia 7 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1773/23 .....	75
<b>Art. 117 ust. 3</b> .....	76
71. Wyrok z dnia 7 lipca 2023 r., sygn. akt: 1773/23 .....	76
<b>Art. 117 ust. 4</b> .....	78
72. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 159/23 .....	78
73. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1760/23 .....	79
<b>Art. 118 ust. 2</b> .....	80
74. Wyrok z dnia 2 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1086/23 .....	80
75. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1189/23.....	80
76. Wyrok z dnia 1 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1382/23 .....	81
<b>Art. 118 ust. 4</b> .....	82
77. Wyrok z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 718/23.....	82
78. Wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1470/23 .....	82
<b>Art. 123</b> .....	83
79. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 284/23.....	83
80. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 281/23, KIO 282/23.....	83
<b>Art. 127 ust. 2</b> .....	83
81. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 112/23 .....	83
82. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1523/23.....	84
<b>Art. 128 ust. 1</b> .....	84
83. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1521/23.....	84
84. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1722/23.....	85
<b>Art. 128 ust. 4</b> .....	85
85. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1657/23.....	85
86. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1770/23 .....	88
<b>Art. 134 ust. 1 pkt 20</b> .....	89
87. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23.....	89



---

<b>Art. 135 ust. 1</b> .....	89
88. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 720/23 .....	89
<b>Art. 138 ust. 2</b> .....	90
89. Wyrok z dnia 14 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1844/23 .....	90
<b>Art. 223 ust. 1</b> .....	91
90. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1030/23 .....	91
91. Wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1463/23, KIO 1478/23 ..	91
<b>Art. 223 ust. 2</b> .....	92
92. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 691/23 .....	92
<b>Art. 223 ust. 2 pkt 1</b> .....	92
93. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1755/23 .....	92
<b>Art. 223 ust. 2 pkt 2</b> .....	94
94. Wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1880/23 .....	94
<b>Art. 223 ust. 2 pkt 3</b> .....	95
95. Wyrok z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 136/23 .....	95
96. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 738/23 .....	95
97. Wyrok z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 838/23 .....	96
98. Wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 839/23, KIO 864/23 .....	97
99. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1046/23 .....	98
100. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1508/23 .....	99
101. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1709/23 .....	99
102. Wyrok z dnia 14 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1873/23 .....	100
<b>Art. 224 ust. 1</b> .....	101
103. Wyrok z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 370/23 .....	101
104. Wyrok z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1141/23 .....	101
105. Wyrok z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1173/23 .....	102
106. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1416/23 .....	103
107. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1650/23 .....	104
108. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23, 1659/23 .....	106
109. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1738/23 .....	107
<b>Art. 224 ust. 2 pkt 1</b> .....	108
110. Wyrok z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 185/23 .....	108
111. Wyrok z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 459/23 .....	108

---

<b>Art. 224 ust. 6</b> .....	109
112. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 50/23 .....	109
113. Wyrok z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 148/23 .....	110
114. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 359/23.....	110
115. Wyrok z dnia 2 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 394/23.....	111
116. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1023/23 .....	111
117. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1045/23 .....	112
118. Wyrok z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1117/23 .....	112
119. Wyrok z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1245/23.....	112
120. Wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1282/23.....	113
121. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1295/23.....	113
122. Wyrok z dnia 9 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1467/23 .....	114
123. Wyrok z dnia 9 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1504/23 .....	115
124. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1734/23 .....	115
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b</b> .....	116
125. Wyrok z dnia 1 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 143/23 .....	116
126. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 179/23 .....	117
127. Wyrok z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 348/23.....	117
128. Wyrok z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 886/23.....	118
129. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1547/23.....	118
130. Wyrok z dnia 10 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1817/23 .....	118
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c</b> .....	120
131. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 115/23 .....	120
132. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1336/23.....	121
133. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1337/23.....	122
134. Wyrok z dnia 28 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1715/23.....	123
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 3</b> .....	124
135. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 539/23.....	124
136. Wyrok z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 907/23.....	124
137. Wyrok z dnia 31 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1421/23.....	125
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 4</b> .....	126
138. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1726/23 .....	126
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 5</b> .....	128
139. Wyrok z dnia 1 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 150/23 .....	128
140. Wyrok z dnia 16 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 294/23.....	128
141. Wyrok z dnia 17 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 242/23, KIO 305/23.....	129
142. Wyrok z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 646/23, KIO 648/23.....	130

---

143. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1076/23 .....	130
144. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1131/23 .....	131
145. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1544/23.....	131
146. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1720/23.....	132
147. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1805/23 .....	133
148. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23 .....	133
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 7 .....</b>	<b>134</b>
149. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 811/23.....	134
150. Wyrok z dnia 17 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1246/23.....	136
151. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1287/23.....	136
152. Wyrok z dnia 15 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1573/23.....	137
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 8 .....</b>	<b>137</b>
153. Wyrok z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 14/23 .....	137
154. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23 .....	139
155. Wyrok z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1145/23.....	139
156. Wyrok z dnia 29 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1334/23, KIO 1335/23...	140
157. Wyrok z dnia 30 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1345/23.....	141
158. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1540/23.....	142
159. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1808/23 .....	142
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 10.....</b>	<b>144</b>
160. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 1/23.....	144
161. Wyrok z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 94/23 .....	145
162. Wyrok z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 268/23, KIO 270/23.....	146
163. Wyrok z dnia 18 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1233/23.....	147
164. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1390/23 .....	148
165. Wyrok z dnia 10 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1585/23.....	150
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 12.....</b>	<b>150</b>
166. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 249/23 .....	150
<b>Art. 226 ust. 1 pkt 14.....</b>	<b>151</b>
167. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 279/23.....	151
168. Wyrok z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 669/23.....	151
169. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 736/23.....	152
170. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 728/23, KIO 751/23.....	153
171. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1397/23 .....	155
172. Wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1652/23.....	157
173. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1805/23 .....	158

---

<b>Art. 239 ust. 1</b> .....	159
174. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1794/23 .....	159
175. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1822/23 .....	160
<b>Art. 240 ust. 2</b> .....	161
176. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 537/23 .....	161
<b>Art. 241 ust. 1</b> .....	163
177. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 592/23 .....	163
<b>Art. 242 ust. 2</b> .....	163
178. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1110/23 .....	163
179. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1712/23 .....	164
<b>Art. 253 ust. 1 pkt 2</b> .....	164
180. Wyrok z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 593/23 .....	164
181. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 719/23 .....	166
182. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1374/23 .....	166
183. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1725/23 .....	167
<b>Art. 255 pkt 3</b> .....	168
184. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 713/23 .....	168
185. Wyrok z dnia 3 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 741/23 .....	168
186. Wyrok z dnia 16 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1581/23 .....	169
187. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1790/23 .....	169
<b>Art. 255 pkt 5</b> .....	170
188. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23 .....	170
189. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1783/23 .....	171
190. Wyrok z dnia 17 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1885/23 .....	172
<b>Art. 255 pkt 6</b> .....	173
191. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 174/23 .....	173
192. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 170/23 .....	174
193. Wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 871/23 .....	174
194. Wyrok z dnia 11 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1193/23 .....	174
195. Uchwała z dnia 18 maja 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 10/23 .....	175
196. Wyrok z dnia 1 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1408/23 .....	176
<b>Art. 255 pkt 8</b> .....	178
197. Wyrok z dnia 6 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 204/23 .....	178

---

<b>Art. 256</b> .....	179
198. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1022/23 .....	179
199. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1543/23.....	179
<b>Art. 260 ust. 1</b> .....	180
200. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 546/23.....	180
<b>Art. 263</b> .....	180
201. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1854/23 .....	180
<b>Art. 296 ust. 2 zd. 4</b> .....	181
202. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1833/23 .....	181
<b>Art. 395 ust. 1 pkt 1</b> .....	182
203. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23.....	182
<b>Art. 405 ust. 2 pkt 3</b> .....	183
204. Wyrok z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 590/23.....	183
<b>Art. 433 pkt 2</b> .....	184
205. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23.....	184
<b>Art. 436 pkt 3</b> .....	185
206. Wyrok z dnia 11 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1154/23.....	185
<b>Art. 436 pkt 4 lit. b</b> .....	186
207. Wyrok z dnia 26 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 104/23 .....	186
<b>Art. 439</b> .....	186
208. Wyrok z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 935/23 .....	186
209. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1272/23.....	187
210. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1735/23.....	187
<b>Art. 455 ust. 1 pkt 1</b> .....	188
211. Uchwała z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 4/23 .....	188
<b>Art. 455 ust. 1 pkt 3</b> .....	188
212. Uchwała z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 2/23 .....	188
<b>Art. 455 ust. 1 pkt 4</b> .....	189
213. Uchwała z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 4/23 .....	189

---

<b>Art. 462 ust. 1</b> .....	189
214. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1388/23 .....	189
215. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1492/23, KIO 1527/23... ..	190
<b>Art. 505 ust. 1</b> .....	191
216. Wyrok z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 264/23 .....	191
217. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 728/23, KIO 751/23.....	191
218. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1174/23 .....	192
219. Wyrok z dnia 31 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1379/23 .....	192
220. Wyrok z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1619/23 .....	193
221. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23, 1659/23 .....	195
222. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1725/23 .....	195
223. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1756/23 .....	196
<b>Art. 506 ust. 2</b> .....	196
224. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1723/23 .....	196
<b>Art. 515 ust. 1</b> .....	196
225. Wyrok z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 388/23 .....	196
226. Postanowienie z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1319/23 .....	197
<b>Art. 515 ust. 2</b> .....	197
227. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23 .....	197
<b>Art. 515 ust. 3</b> .....	198
228. Wyrok z dnia 28 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 383/23 .....	198
<b>Art. 519 ust. 1</b> .....	198
229. Postanowienie z dnia 18 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1861/23 .....	198
<b>Art. 520 ust. 1</b> .....	199
230. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1295/23 .....	199
<b>Art. 520 ust. 2</b> .....	199
231. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 680/23 .....	199
<b>Art. 525 ust. 3</b> .....	200
232. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 209/23 .....	200
<b>Art. 526 ust. 2</b> .....	201
233. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23 .....	201

---

<b>Art. 528 pkt 2</b> .....	201
234. Postanowienie z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 437/23.....	201
235. Postanowienie z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 552/23.....	202
236. Postanowienie z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1209/23.....	203
237. Postanowienie z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1534/23 .....	203
238. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1620/23.....	204
239. Wyrok z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1625/23.....	205
<b>Art. 528 pkt 3</b> .....	206
240. Postanowienie z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 218/23 .....	206
241. Postanowienie z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1190/23.....	207
242. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23, 1659/23.....	208
243. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1684/23.....	208
244. Postanowienie z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1711/23.....	210
245. Wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1716/23 .....	210
246. Postanowienie z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1778/23 .....	211
247. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23 .....	211
<b>Art. 528 pkt 4</b> .....	212
248. Wyrok z dnia 16 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1556/23.....	212
249. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23 .....	212
<b>Art. 528 pkt 6</b> .....	213
250. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 811/23.....	213
251. Postanowienie z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1304/23.....	214
<b>Art. 534 ust. 1</b> .....	215
252. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 776/23.....	215
<b>Art. 537</b> .....	216
253. Wyrok z dnia 6 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 200/23 .....	216
254. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 198/23 .....	216
255. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23 .....	217
<b>Art. 538 ust. 1</b> .....	217
256. Wyrok z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 40/23 .....	217
<b>Art. 551 ust. 2</b> .....	218
257. Wyrok z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 313/23.....	218

---

<b>Art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c</b> .....	218
258. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1633/23.....	218
<b>Art. 555</b> .....	219
259. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 259/23.....	219
260. Wyrok z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 346/23.....	220
261. Wyrok z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 790/23.....	220
262. Wyrok z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1108/23 .....	220
263. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1799/23 .....	221
<b>Art. 568 pkt 2</b> .....	222
264. Postanowienie z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 117/23 .....	222
265. Postanowienie z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 735/23.....	222
266. Postanowienie z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1217/23, KIO 1238/23.....	223
267. Postanowienie z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1275/23, KIO 1280/23.....	224
268. Postanowienie z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1477/23 .....	224
<b>Art. 575</b> .....	225
269. Wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1618/23.....	225
<b>Art. 578 ust. 2 pkt 1</b> .....	225
270. Postanowienie z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO/W 3/23 .....	225
271. Postanowienie z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 5/23 .....	226
272. Postanowienie z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO/W 7/23 .....	228
273. Postanowienie z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 9/23 .....	229
<b>Art. 578 ust. 2 pkt 2</b> .....	229
274. Postanowienie z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 5/23 .....	229
<b>Indeks rzeczowy</b> .....	231
<b>Wykaz aktów prawnych w tezowanych orzeczeniach</b> .....	236



---

**WPROWADZENIE**

Szanowni Państwo,  
oddajemy w Państwa ręce kolejny numer publikacji „Orzecznictwo – zamówienia publiczne”, zawierający usystematyzowany zbiór wybranego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej z pierwszego półrocza 2023 r.

Zespół Redakcyjny w celu przygotowania publikacji dokonał analizy orzeczeń Izby, postanowień w sprawach o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz uchwał zawierających opinie do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej lub doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP. W wyniku tej analizy Zespół wybrał do publikacji 274 tezy orzecznicze.

Prezentowane tezy orzecznicze obejmują, przekrój zagadnień związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności dot. oceny informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, przygotowania opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień umowy, kwestii związanych z dokumentami przedmiotowymi i podmiotowymi, oceny ofert czy też unieważnienia postępowania, a także odnoszą się do szeregu zagadnień z zakresu postępowania odwoławczego z którymi strony i uczestnicy tego postępowania mogą się zetknąć wnosząc odwołanie do Prezesa Izby.

Anna Kuszel-Kowalczyk  
Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej

**Art. 7 pkt 21****1. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1703/23**

W tym miejscu należy też wskazać, że Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że skoro nie zdefiniował w SWZ pojęcia „przebudowa” i nie odesłał w tym zakresie do definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane, to wykonawcy mogli rozumieć to pojęcie w sposób potoczny w oderwaniu od definicji legalnej zawartej w ustawie. Definicja legalna robót budowlanych polegających na „przebudowie” obiektu budowlanego, zawarta jest w art. 3 ust. 7a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682, ze zm.). Skoro brak jest postanowień w SWZ dotyczących rozumienia pojęcia „przebudowa”, na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, to uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jako profesjonaliści, w tej kwestii powinni odwoływać się do legalnej definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane.

**Art. 8 ust. 1****2. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1653/23, KIO 1676/23**

Nie było sporne między stronami, że w ramach prowadzenia postępowania w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, wykonanie dokumentacji projektowej jest jednym z etapów takiego zamówienia. By możliwe było rozpoczęcie etapu wykonywania robót budowlanych, konieczne jest stworzenie dokumentacji projektowej, przy czym w stosowanym trybie zarówno dokumentację, jak i roboty budowlane wykonuje jeden wykonawca. Nie było sporne również to, że taka umowa ma charakter mieszany, to jest w części stosuje się regulacje dotyczące umowy o działo, a w części regulacje odnoszące się do umowy o roboty budowlane.

Izba podziela stanowisko Odwołującego 1, że w takim przypadku, część umowy odnosząca się do wykonania dokumentacji projektowej korzysta z rozwiązań określonych przez przepisy kodeksu cywilnego w zakresie wykonania dzieła. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający we wzorze umowy przewidział odbiory częściowe, wyodrębniając właśnie dwa etapy, gdzie jednym z nich jest odbiór dokumentacji projektowej.

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że „w przypadku formuły zaprojektuj – zbuduj, dokonanie odbioru dokumentacji projektowej z wadami, może mieć przełożenie na jakość robót budowlanych, wykonanych w oparciu o wadliwą dokumentację”. Podkreślić należy, iż obowiązek sprawdzenia części prac stanowiących o wykonaniu fragmentu umowy spoczywa również na Zamawiającym. Nie może on w całości przerzucić odpowiedzialności na wykonawcę. Skoro Zamawiający zdecydował się na odbiory częściowe, to do jego obowiązków należy także sprawdzenie, czy odbierana dokumentacja projektowa, na podstawie której prowadzone mają być roboty budowlane jest wykonana

w sposób należyty, przez co należy rozumieć, czy spełnia wszystkie wymogi i przyszłe oczekiwania Zamawiającego względem mającego powstać obiektu sportowego. Zarówno więc uprawnieniem, jak i obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru dokumentacji także pod względem merytorycznym. W tym miejscu Izba zauważa, iż Zamawiający całkowicie pomija w swojej argumentacji regulację i wykładnię art. 643 kodeksu cywilnego, że której wynika, że zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. (...)

Jeżeli, co Zamawiający wielokrotnie podkreślał, nadrzędnym celem jest wybudowanie obiektu w największym stopniu spełniającego potrzeby Zamawiającego, to winien on współpracować z wybranym Wykonawcą na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, tak by realizacja przedsięwzięcia nie podlegała zakłóceniom. Na etapie wykonania dokumentacji projektowej oznacza to, w ocenie składu orzekającego Izby, wskazanie Wykonawcy tak istotnym błędów dokumentacji, które ją dyskwalifikują i nie prowadzą do uzyskania zamierzonego celu. Jak celnie zauważył na rozprawie Odwołujący 1, możliwe jest wprowadzenie do wzoru umowy takich zapisów, z których wynikał będzie nakaz usunięcia błędów przed przejściem do następnego etapu prac lub zakaz rozpoczęcia prac budowlanych do momentu usunięcia wad dokumentacji wyszczególnionych przez Zamawiającego.

### **3. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23**

Niewątpliwym jest, że kary umowne są dodatkowym zastrzeżeniem umownym w ramach swobody kontraktowania i mają na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej umowy oraz służą zabezpieczeniu realnego wykonania zobowiązań. Niewątpliwym jest także, że Zamawiający ma prawo korzystać z wszystkich funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wybrany Wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami.

Odwołujący w rozdziale III uzasadnienia odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1810/23 (identyczną argumentację zawarł w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23) zatytułowanego „W zakresie kar umownych”, a odnoszącego się do tego zarzutu, odniósł się jedynie do kodeksowego rozumienia podniesionych w ramach tego zarzutu przepisów, nie odnosząc się w ogóle do tego w jaki sposób Zamawiający przepisy te miały naruszyć, wprowadzając do projektu umowy kwestionowane kary umowne.

Odwołujący nie wykazał także, by postanowienia wzoru umowy zawarte w § 15 ust. 2 projektu umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych, ale i aby kwestionowane postanowienia umowy (§ 15 ust. 2 projektu umowy) sprzeciwiały się ustawie czy też zasadom współżycia społecznego. Co więcej w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne zostały ukształtowane

w sposób całkowicie dowolny i nieadekwatny do ewentualnej szkody i miały zniechęcać wykonawców od ubiegania się o udzielenie tego zamówienia.

W zakresie argumentów uzasadnienia odnoszących się do „1) Kary za odstąpienie” i braku zrównania sytuacji Zamawiającego i Wykonawcy - jak słusznie podniósł Zamawiający - opisany w uzasadnieniu zarzut w kontekście kary za odstąpienie i sposób sformułowania tego zarzutu w petitum odwołania są niespójne, gdyż faktycznie Odwołujący już w treści uzasadnienia nie stawia zarzutu, że kara ta jest nadmierna w stosunku do przewinienia ani też, że wysokość tej kary jest nieadekwatna do jej wartości, odwołując się wyłącznie do nieuzasadnionego – w jego ocenie – różnicowania pozycji stron w umowie w zakresie kary za odstąpienie. Jest to tyle istotne, że w umowach o zamówienie publiczne zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne, zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem dla Zamawiającego formą realizacji jego potrzeb publicznych, wymaga zachowania procedury, odpowiednich terminów, planowania, w tym planowania środków w budżecie. Zatem ryzyko Zamawiającego zawsze przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje w sytuacji, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Stąd pozycja Zamawiającego i Wykonawcy nie jest identyczna, dlatego też możliwe jest np. zróżnicowanie sytuacji związanych z odstąpieniem od umowy.

Odstąpienie przez Wykonawcę od umowy – jak wskazał Zamawiający - wiąże się dla Zamawiającego z koniecznością udzielenia kolejnego zamówienia z zachowaniem stosownych procedur, planowania środków w budżecie, a zatem tak ważne jest zabezpieczenie w kontrakcie jego trwałości i uniknięcie sytuacji, że Wykonawca, niekoniecznie z powodów zawinionych, ale na przykład wskutek działania okoliczności zewnętrznych, czy podmiotów trzecich, podejmie decyzję o zakończeniu kontraktu. Dla Zamawiającego taka sytuacja powoduje szereg dodatkowych obowiązków, aby w sposób należyty i zgodny z przepisami wydatkować środki publiczne. Dlatego też tak istotne jest zapewnienie trwałości kontraktu, czemu służyć ma kwestionowany przez Odwołującego się zapis umowy. Tym bardziej, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa odbioru odpadów, która musi być realizowana w sposób ciągle i nieprzerwany, a jej realizacja z przyczyn prawnych, instytucjonalnych, społecznych i sanitarnych nie może zostać wstrzymana.

**Art. 8 ust. 4****4. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1643/23**

W konsekwencji stwierdzić należy, że w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp, do kwestii liczenia terminów mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Tym samym w przypadku, gdy termin oznaczony jest w dniach, kończy się on z upływem ostatniego dnia, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 kodeksu cywilnego). Ustawa Pzp wprowadza także zasadę wynikającą z Rozporządzenia nr 1182/71, dotyczącą oznaczania terminów, ważną również z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców. W przypadku, gdy wyznaczony termin obejmuje dwa lub więcej dni, wówczas powinien on uwzględniać przynajmniej dwa dni robocze. Wprowadzono również definicję pojęcia „dzień roboczy”. Dniem roboczym jest każdy dzień, inny niż dzień ustawowo wolny od pracy oraz inny niż sobota. Zgodnie z art. 1 ustawy o dniach wolnych od pracy, dniami wolnymi od pracy są niedziele oraz wymienione w ustawieni dni świąteczne.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że mamy do czynienia z zasadą, według której jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. (...) Odwołujący zarzucił, że działania zamawiającego były nieprawidłowe z uwagi na to, że wyznaczono mu termin na złożenie dokumentów podmiotowych krótszy niż dwa dni robocze. Z tym jednak nie sposób się zgodzić. W istocie ustawodawca w art. 8 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza słuszną zasadę, w celu uniknięcia skracania realnych terminów, że termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. Oznacza ona jednak, że jeśli jak w tym przypadku wezwanie miało miejsce we czwartek, to minimalny termin wyznaczony na złożenie dokumentów, z uwzględnieniem 2 dni roboczych przypadnie, jak w tym przypadku na poniedziałek. W takim przypadku nie ma też znaczenia o której godzinie dane zdarzenie miało miejsce, bowiem dla zachowania terminu istotna jest data dzienna tego zdarzenia, a nie godzina. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu cytowanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3409/22. Bez znaczenia jest przy tym, że w przedmiotowej sprawie Izba badała prawidłowość zachowania 2- dniowego terminu dla innej czynności w postępowaniu tj. wezwania do zawarcia umowy. Wywody tam zawarte, a odnoszące się do sposobu liczenia terminów, pozostają aktualne także w przedmiotowej sprawie.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie może jednak umknąć uwadze, że chociaż zamawiający nie uchybił zasadzie zastosowania terminu minimalnego tj. 2 dni roboczych, to zapomniał jednak o innej tj., że wyznaczony termin na dokonanie danej czynności, powinien być terminem odpowiednim.

Wprawdzie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący o uzupełnianiu m.in. podmiotowych środków dowodowych, nie precyzuje terminu w jakim powyższe dokumenty powinny zostać złożone, a więc zamawiający posiada swobodę w jego wyznaczaniu, to jednak zasada ta nie jest nieograniczona i, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, termin na uzupełnienie dokumentów powinien być terminem realnym, aby wykonawca działający z należytą starannością mógł zadośćuczynić wezwaniu. Zamawiający zobowiązany jest również uwzględnić rodzaj dokumentu lub oświadczenia podlegającego konwalidacji i niezbędny czas na dokonanie czynności (tak też KIO w wyroku z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2766/12 oraz KIO z 7 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1582/22).

W tym konkretnym przypadku oznacza to tyle, że wyznaczenie odwołującemu tak krótkiego, bowiem minimalnego terminu na złożenie dokumentu w postaci zaświadczenia z ZUS, uchybia zasadzie równego traktowania i przejrzystości, która nakazuje zamawiającemu wyznaczenie terminu, który umożliwi wykonawcy skompletowanie dokumentów, których złożenia ten wymaga. Nietrafione są przy tym wywody zamawiającego, że każdy przedsiębiorca ma możliwość łatwego pozyskania dokumentu w postaci zaświadczenia z ZUS, gdyż jako prowadzący działalność gospodarczą miał obowiązek założyć konto PUE ZUS, stąd zakreślony termin na jego przedłożenie był realny. Po pierwsze należy zauważyć, że dokument ten miał dotyczyć nie samego wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie, ale podmiotu trzeciego, na zasobach którego on polega, co stanowi dodatkową trudność bo wiąże się z jego pozyskaniem od innego przedsiębiorcy. Ponadto, jak trafnie zauważył odwołujący, ZUS ma na wydanie przedmiotowego zaświadczenia siedem dni, co zamawiający powinien uwzględnić przy określeniu tego terminu. Rację ma także odwołujący, że działania zamawiającego nie mogą znaleźć akceptacji także z tego powodu, że Konsorcjum X dwukrotnie zwracało się z prośbą o jego przesunięcie, wskazując na powyższe okoliczności. Zamawiający jednak odmówił wydłużenia tego terminu, a jednocześnie ocena złożonych podmiotowych środków dowodowych trwała aż do 6 czerwca 2023 r.

Nie ulega wątpliwości, że chociaż czynność przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów również leży w sferze uprawnień zamawiającego, to zamawiający podejmując decyzję w tym zakresie, również powinien mieć na względzie wszystkie wymienione wcześniej okoliczności takie jak: realność terminu dla określonego rodzaju dokumentu, możliwość jego pozyskania, okoliczność od kogo on pochodzi. W niniejszej sprawie takiej refleksji ze strony zamawiającego zabrakło, co w konsekwencji uniemożliwiło Konsorcjum X uzupełnienie dokumentów w postępowaniu. Tym samym należało uznać, że zamawiający naruszył w ten sposób przywoływane przez odwołującego przepisy.

**Art. 16 pkt 1****5. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 110/23,  
KIO 114/23**

Pozostawienie przedmiotowego postanowienia w SWZ skutkowałoby możliwością po stronie Zamawiającego odrzucenia oferty (gdyż taka sankcja została przewidziana) już w przypadku spełnienia się przesłanki samego złożenia oferty przez wykonawców, którzy wykonują usługi związane z konserwacją i subskrypcją (...), a tym samym przez Odwołujących, bez możliwości realnego podważenia tej decyzji. W ocenie Izby taka sytuacja jest niedopuszczalna, a przedmiotowe postanowienie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający formułując kwestionowane postanowienie, podjął decyzję uniemożliwiającą Odwołującym ubieganie się o zamówienie, poprzez stworzenie podstawy odrzucenia ich ofert a priori. Zamawiający przygotowując postępowanie winien m.in. opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich uzasadnionych merytorycznych oczekiwań oraz określić warunki udziału w sposób umożliwiający mu ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia przez wykonawców w sposób obiektywny, w szczególności poprzez określenie minimalnych poziomów zdolności. Po złożeniu ofert Zamawiający ocenia je pod względem podmiotowym i przedmiotowym w oparciu o ustalone w SWZ wymagania, a jeśli stwierdzi podstawy do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty to dokonuje właściwych czynności. Przedmiotowe postanowienie ogłoszenia i SWZ zaburza powyższą sekwencję czynności Zamawiającego i powoduje, że obecne działanie Zamawiającego jest przedwczesne.

**6. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1717/23**

Z uwagi na to, że jedynie wykonawca obecnie realizujący podobne zamówienie ma pełną wiedzę na temat wymaganej infrastruktury do wykonania zamówienia i jest w stanie precyzyjniej niż pozostali wykonawcy wkalkulować ryzyka ewentualnych instalacji w cenę ofertową, a Zamawiający nie przewidział wizji lokalnej w lokalizacjach, niezbędnej do wykonania odpowiednich pomiarów przez wykonawców, które wyrównałyby stan wiedzy co do zasięgu częstotliwości i uwzględnienia w cenie ofert przyszłych koniecznych instalacji, to w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że Zamawiający przygotował i przeprowadza postępowanie nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba zgodziła się z Odwołującym, iż na etapie złożenia oferty wykonawca nie ma możliwości ustalenia ilu lokalizacji może dotyczyć konieczność instalacji oraz oszacowania kosztów jakie mogą być związane z koniecznością dokonania niezbędnych instalacji w celu poprawienia zasięgu sygnału. (...). Izba zgodziła się z argumentacją Odwołującego w odwołaniu, iż postanowieniem § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający przerzuca na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaniem Izby nie opisał szczegółowo

przedmiotu zamówienia w zakresie swoich lokalizacji (w tym wskazania własności bądź konieczności uzgodnień z innym podmiotem niż Zamawiający) i wymaganego sygnału zasięgu (w budynku i na terenie otwartym).

### **Art. 17 ust. 2**

#### **7. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1189/23**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający każdorazowo jest uprawniony do dokonywania autokontroli podejmowanych czynności, jeśli dopatry się nieprawidłowości w swoim działaniu, czy też poweźmie wątpliwości co do zgodności podjętych działań z przepisami ustawy Pzp. Co więcej, w takim przypadku Zamawiający jest nie tyle uprawniony, co wręcz zobowiązany do unieważnienia określonej czynności i jej powtórzenia. Priorytetem jest bowiem to, aby postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a Zamawiający ma obowiązek dochować należytej staranności, aby cel ten zrealizować (podobnie m.in. Izba w wyroku z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2541/22). Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże, że podjęta przez niego czynność, w tym wypadku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, obarczona jest wadą, to mimo, iż wcześniej uznał wybraną ofertę za prawidłową, jego obowiązkiem jest unieważnienie wadliwej czynności. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, w jaki sposób Zamawiający dowiedział się o wadach tej czynności – czy w oparciu o własne działania, czy na skutek wniesienia odwołania przez jednego z wykonawców. Nie ma także znaczenia to, że ocena zgodności tej czynności z przepisami ustawy Pzp nie była dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zasada legalizmu wyrażona w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wprost wskazuje, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie zasługuje zatem na aprobatę stanowisko Odwołującego wskazujące, że Zamawiający nieprawidłowo unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy odwołanie wobec tej czynności zostało wycofane i żaden z wykonawców czynności tej nie kwestionował. Idąc takim rozumowaniem Odwołującego należałoby uznać że brak zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ustawowym terminie jest równoznaczny z zalegalizowaniem tej czynności, nawet jeśli jest ona niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Stanowisko takie stoi w sprzeczności z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto środki ochrony prawnej nie są jedynym narzędziem weryfikacji zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp. Działania Zamawiającego podlegać mogą m.in. kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający odpowiada też za ewentualne naruszenia dyscypliny finansów publicznych, dlatego winien on w najwyższym stopniu dbać o to, by jego działania nie uchybiały przepisom.



**Art. 18 ust. 1****8. Wyrok z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 512/23**

Ww. regulacje wskazują na podstawowe zasady zamówień publicznych, które każda instytucja zamawiająca zobowiązana jest respektować podczas przygotowania i prowadzenia postępowania, na każdym jego etapie. Jedną z gwarancji zachowania ww. zasad, w szczególności zasady przejrzystości i zasady jawności, są nałożone na zamawiającego przez ustawodawcę określone obowiązki informacyjne. Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób transparentny, tak aby podejmowane przez niego działania były możliwe do prześledzenia i poddawały się kontroli. Na gruncie zasady jawności i przejrzystości postępowania zamawiający zobligowany jest do zapewnienia - nie tylko wykonawcom, ale wszystkim podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem - dostępu do informacji dotyczących tego postępowania w zakresie określonym w ustawie Pzp. Zamawiający, poza publikowaniem ogłoszeń odpowiednio w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub Biuletynie Zamówień Publicznych, ma obowiązek publikowania wymaganych informacji dotyczących postępowania na stronie internetowej tego postępowania. Dotyczy to zarówno etapu przed upływem terminu składania ofert (publikacja dokumentów zamówienia oraz wprowadzanych w nich zmian), jak i po jego upływie, kiedy to Zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania m.in. informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp), informacji z otwarcia ofert (art. 222 ust. 5 ustawy Pzp), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 2 ustawy Pzp), informacji o unieważnieniu postępowania – art. 260 ustawy Pzp). Przy tym o kluczowych dla wyniku postępowania czynnościach (jak wybór oferty najkorzystniejszej czy unieważnienie postępowania) zamawiający w świetle ustawy zobowiązany jest zawiadamiać dwutorowo – zarówno publikując informacje na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak i zawiadamiając wykonawców bezpośrednio. Ustawodawca przyjął, iż tylko zachowanie powyższych reguł w pełni gwarantować będzie jawność i przejrzystość postępowania, dając odpowiednią możliwość kontroli działań instytucji zamawiającej. Prawidłowe wypełnianie przez instytucję zamawiającą obowiązków informacyjnych ma fundamentalne znaczenie dla całego postępowania, niewątpliwie kształtuje też zaufanie do podmiotów wydatkujących środki publiczne.

**Art. 18 ust. 3****9. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 244/23**

Zastrzeżone przez przystępującego dokumenty są dokumentami własnymi pracowników, które ujawniają informacje o stanie ich zdrowia, a zatem podlegają one ochronie jako dane dotyczące zdrowia określone w art. 9 RODO.

Zdaniem Izby wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia określonych treści złożone przez przystępującego nie odbiegają od standardów prawidłowego wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia. Przystępujący powołał się bowiem na okoliczności, które w kontekście obowiązku przestrzegania zasad wynikających z RODO prawidłowo wykazał, a co za tym idzie wyjaśnił zamawiającemu, dlaczego zastrzeżona dane osobowe osób - pracowników przystępującego, którzy będą świadczyli przedmiotową usługę. Nadto zwrócić należy uwagę, iż Izba zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązana jest uwzględnić odwołanie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy odwołujący nie kwestionował prawidłowości wyjaśnień złożonych przez przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny. Choć w myśl obowiązujących przepisów sama czynność zamawiającego dotycząca oceny złożonego zastrzeżenia może być przedmiotem odwołania jednakże, aby uwzględnić, iż czynność ta była wadliwa należy ocenić jej wpływ na ostateczny wynik postępowania. Natomiast dane, których ujawnienia domaga się odwołujący nie mają żadnego istotnego wpływu na ocenę prawidłowości dokonanych wyliczeń. Wskazać należy, iż odwołujący na rozprawie niejako zmodyfikował żądanie ograniczając zakres informacji o dane zanonimizowane, jednakże dalej nie wynika, w jaki sposób pozyskane dane miałyby wpłynąć na ocenę dokonanych wyliczeń i wyjaśnień (które nie były zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa), a których to informacji odwołujący nie kwestionował.

#### **10. Wyrok z dnia 1 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 404/23**

Niezrozumiała, w ocenie Izby, jest argumentacja, że odtajnienie dokumentów mogłoby doprowadzić do zmniejszenia szans wykonawcy na uzyskanie innych kontraktów publicznych ze względu na to, że dla sukcesu w podobnych postępowaniach kluczowa jest punktacja uzależniona od przedstawionego w wykazach doświadczenia. Niezależnie od tego, że wykonawca X nie wykazał, że planowane bądź ogłoszone zostały postępowania, w których tego rodzaju informacje będą miały znaczenie, Izba uznała, że okoliczność, że konkurencyjny wykonawca poznałby doświadczenie, jakim dysponuje X, w żaden sposób nie odbiera temu wykonawcy zdobytego doświadczenia i możliwości zdobywania punktów z tego tytułu. Nadal w przyszłości X będzie miała możliwości legitymować się posiadanym doświadczeniem w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli takowe zostaną ogłoszone. Zauważenia ponadto wymaga, że przyznana X punktacja z tytułu wykazanych wdrożeń w poszczególnych kryteriach jest jawna.

#### **11. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 674/23**

Izba poddała także analizie zastrzeżone dokumenty i nie znalazła w nich danych pozwalających na zbudowanie przewagi rynkowej innym podmiotom lub zakłó-

cenia konkurencji. Dane zawarte w dokumentach a-d mają charakter ogólnikowy i blankietowy, nie pozwalają w ocenie Izby także na przewidzenie, jakie decyzje zostaną podjęte przez Wykonawcę w przyszłości w innych potencjalnych postępowaniach. Wbrew twierdzeniom uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz odwołania nie zawierają metodologii pozwalającej na budowanie przewagi rynkowej. Dane zastrzeżone z dokumentu litera e również nie mają, przełożenia na konkurencję na rynku, nie powodują jej zachwiania. Wobec faktu, że dotyczą postępowania sądowego, którego stroną jest Zamawiający i mógł się jako uczestnik Postępowania z nimi zapoznać nie wpłyną także na zbudowanie lub zachwianie przewagi procesowej.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: *„W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter”*.

Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: *„Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (...)”*.

**12. Wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 619/23, 622/23**

Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki X skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia jego interesów i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Przystępujący X musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego konkretnego postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałyby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać.

**13. Wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 783/23**

Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów. (...)

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma

charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających. (...)

Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 UZNK czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarczy zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiorem na każdą informację objętą ochroną. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Dopuszczalne są sytuacje kiedy nie da się określić w sposób jednoznaczny wartości finansowej określonej informacji np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas przedsiębiorca powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelewantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazanie czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne

jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji.

#### **14. Wyrok z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 778/23**

Ponadto należy wskazać, iż Przystępujący podkreślił, że zastrzeżone informacje zostały przygotowane na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przecież przedmiot zamówienia jest jawny i znany wykonawcom ubiegającym się o nie. Załączona do wyjaśnień kalkulacja nr 2 dotyczy potwierdzenia rynkowego poziomu przyjętych kosztów osobowych właściwych dla tego konkretnego zamówienia. Wskazane tam założenia co do liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia czy czasu pracy zostały przyjęte na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Przystępujący nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści kalkulacji kosztów osobowych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałyby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jaką pracochłonność przyjął, nie przesądza automatycznie o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej na rynku.

Odnosząc się na koniec do stanowiska Zamawiającego, który podczas rozprawy wskazywał, że zastrzeżenie pewnych informacji przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest praktyką, Izba wskazuje, iż obowiązkiem Zamawiającego jest każdorazowa wnikliwa analiza przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa pod kątem kumulatywnego wykazania wszystkich wymaganych przesłanek. Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro wykonawca twierdzi, że pewne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to faktycznie tak jest. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodać przy tym należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych

ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

### **15. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 808/23**

W ocenie Izby, charakter zastrzeżonych informacji nie wskazuje na zasadność ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, na ochronę nie zasługuje informacja o wprowadzonych przez wykonawcę autorskich, unikalnych rozwiązaniach technicznych i organizacyjnych. Informacje tego rodzaju nie są w stanie pogorszyć sytuacji rynkowej X, ani też wypłynąć pozytywnie na sytuację rynkową konkurentów, skoro wykonawcy ci mogą jedynie posiadać wiedzę, że w spółce X funkcjonuje np. metodologia realizacji projektów utrzymaniowych, która jednak nie została zaprezentowana w wyjaśnieniach. Podkreślenia wymaga, że w złożonych wyjaśnieniach X nie zawarła szczegółowych opisów wspomnianych rozwiązań. Wykonawcy nie mogą zatem z treści złożonych wyjaśnień powziąć wiedzy o szczegółach rozwiązań, które ewentualnie mogliby wprowadzić w swoich podmiotach. Sama informacja o tym, że X wprowadziła unikalne, autorskie rozwiązania, bez ujawnienia tych rozwiązań, w żaden sposób nie wpływa na sytuację tego wykonawcy na rynku.

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. Podobnie rzecz się ma w przypadku kalkulacji pracochłonności. Izba miała na uwadze, że nie ma dwóch identycznych postępowań, w każdym postępowaniu przedmiot zamówienia będzie czymś się różnił, stąd informacje na temat kalkulacji pracochłonności w ramach tego konkretnego zadania nie przekładają się 1:1 na inne postępowania. Ponadto, informacja na temat skalkulowania pracochłonności nie może zostać wykorzystana przez konkurencję, jeśli nie posiada ona unikalnych, dostępnych tylko X rozwiązań pozwalających na jej obniżenie. Powyższe dotyczy również powoływanego przez X jako dowód postępowania o zbliżonym przedmiocie. (...)

X nie wykazała ponadto istotnego elementu tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim jest podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Wykonawca złożył oświadczenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę dla podmiotów trzecich, że w jego organizacji stosowane są procedury mające na celu ochronę informacji, że wszyscy pracownicy posiadają w swoich umowach odpowiednie klauzule, a także, że wykonawca wprowadził odpowiednie zabezpieczenia w systemach informatycznych. Wskazanie ww. okoliczności opierało się jednak wyłącznie na deklaracji, wykonawca nie złożył dowodów na poparcie ww. twierdzeń, a zatem nie wykazał wypełnienia tej przesłanki.

Wykazanie to było, w ocenie Izby, możliwe, przez złożenie np. umów z pracownikami zaangażowanym w realizację przedmiotowego zamówienia, czy procedur mających na celu ochronę informacji, skoro, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, takie procedury funkcjonują. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzą się tego rodzaju postępowania, w tym zasady jawności.

### **16. Wyrok z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 869/23**

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie można traktować uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Ponadto, praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do ofert od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21, gdzie wskazano, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. Dlatego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że nie miał innej możliwości jak utajnić cały dokument. (...) Ponadto, próżno szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jakoby laboratorium nie wyraziło zgody, aby raporty były ujawnione w części. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji i oceny uzasadnienia Odwołującego co do przesłanek niedających podstawy do zastrzeżenia przedłożonych raportów z testów.

(...) Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, Izba uznała, że niewątpliwie sama informacja o podmiocie, który dokonał badania nie jest informacją poufną. Tym bardziej, że jak wykazał Przystępujący w Polsce istnieją obecnie trzy tego typu podmioty i informacje o nich są dostępne powszechnie na stronach Polskiego Centrum Akredytacji. Również daty wydania raportu nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zresztą Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia nie przedstawia jakiegokolwiek argumentacji dowodzącej poufności ww. elementu, który jest istotny, bowiem Zamawiający wymagał badania dokonywanego przez podmiot akredytowany. Zatem istotne jest, aby w dacie przeprowadzenia badania podmiot dokonujący badania posiadał taki status. Izba podziela również pogląd Przystępującego, że treść minimalna raportów jest wystandaryzowana i zawiera takie informacje jak: dane jednostki certyfikującej dane klienta/zleceniodawcy, tj. producenta lub dostawcy tonera, podanie wymagań/norm, zgodnie z którymi oceniana była zgodność wyrobu, identyfikacja wyrobu, dla którego certyfikat jest wydany/ raport jest sporządzany (Odwołujący sam te informacje ujawnił w ofercie, zatem



straciły one walor poufności), datę wydania i czas na jaki certyfikat został wystawiony, informacje o drukarkach, na których prowadzono testy, podpis jednostki wydającej raport/certyfikat (brak jakichkolwiek informacji o potrzebie utajnienia tych informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia). Ponadto, każda z norm zawiera informacje o sposobie testowania oraz wzory raportów, z których nie wynika, aby w raporcie miały się znaleźć jakiekolwiek informacje na temat sposobu produkcji czy inny *know how*. Dane zawarte w raportach są więc determinowane określoną normą. Natomiast Odwołujący nawet na rozprawie nie wskazał, w którym miejscu raportu podane są informacje dotyczące procedury i technologii, jakie należy posiadać i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować materiały eksploatacyjne lub inny *know how* dotyczący produkcji. (...)

Okoliczność, że producent poniósł koszty badań, które są wymagane dla wykazania równoważności materiałów eksploatacyjnych w przetargach publicznych nie ma żadnego znaczenia dla uznania, że informacje zawarte w raportach mają wartość gospodarczą z tego powodu, że pozostają poufne. Na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia nie można ustalić jakiejkolwiek wartości gospodarczej wynikającej z utrzymania raportów w poufności. (...) Takim interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji równoważności zaoferowanego produktu.

### **17. Wyrok z dnia 24 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 970/23**

Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże w ocenie Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach. W związku z tym z jednej strony w zdecydowanej większości przypadków przy wykazywaniu zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uciec od dokumentów czy dowodów, które mają potwierdzić prawidłowość takowego uzasadnienia, z drugiej natomiast strony dokumenty czy też dowody nie są konieczne dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Izba dodatkowo zważa, że obowiązki w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wszystkich Konsorcjantów, a nie tylko przez Lidera Konsorcjum. Tym samym, jeżeli w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to obowiązek podjęcia działań mających na celu zachowanie ich w poufności dotyczy każdego z Konsorcjantów.

### **18. Wyrok z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1210/23**

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że już sama praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa. Nic zazwyczaj nie

stoi na przeszkodzie, aby utajnić tylko fragment pisma lub załącznika, w którym rzeczywiście zawarte są cenne gospodarczo informacje, oraz dać treściwe i przekonujące uzasadnienie, dlaczego te konkretne informacje nie mogą zostać upowszechnione – w czym konkretnie dany wykonawca upatruje zagrożenia swoich interesów majątkowych i możliwości poniesienia szkody w razie upublicznienia niewrażliwych informacji.

### **19. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1305/23**

W ocenie Izby w składzie rozpoznającym odwołanie wynik oceny wyważenia zakazu, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz posiadania przez Odwołującego wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy czynność wyboru oferty Przystępującego jest – jak wskazano w motywie 50 ww. wyroku wydanego w sprawie o sygn. C-54/21) – „obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna” i możliwości skorzystania w praktyce z prawa do skutecznego odwołania na tą czynność, nie uzasadnia przyjęcia, że przedmiotowe informacje powinny zostać udostępnione.

Jak wynika z motywów 66 i 67 ww. wyroku wydanego w sprawie o sygn. C-54/21, po dokonaniu rzeczowego wyważenia wykonawcy powinna zostać przekazana w neutralnej formie zasadnicza treść tych informacji, które zostały przekazane zamawiającemu przez innego wykonawcę jako poufne, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona. Może to nastąpić na przykład w sposób opisany w ww. wyroku – poprzez przekazanie w formie streszczenia niektórych elementów zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystyki technicznej w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych, przy czym zamawiający może zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie mu jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne.

### **20. Wyrok z dnia 6 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1479/23, KIO 1480/23, KIO 1481/23, KIO 1482/23**

(...) każda kalkulacja opiera się na opisie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że przedłożona kalkulacja może być wykorzystana w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Koszty jakie Odwołujący wyliczył na potrzeby tego konkretnego postępowania mogą być w całości nieaktualne na potrzeby kolejnych, z uwagi chociażby na zmienność sytuacji gospodarczej. (...) Odnosząc się do danych kontrahentów (dostawców, usługodawców, podwykonawców) w dobie Internetu i powszechnego dostępu do najrozmaitszych rodzajów danych (choćby w ramach dostępu do informacji publicznej) informacje te trudno traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalenie nawet „lokalnych” podmiotów nie nastrecza dla podmiotów profesjonalnych żadnych trudności. (...) Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

wienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne. (...) Izba podziela pogląd, że poszczególne pozycje, które składają się na całkowitą cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

### **21. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1580/23**

Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt: KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt: KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 3334/21 ). Istotnym jest również, że – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt: XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. (...) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi

nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

## **22. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1669/23**

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że w zasadzie jedynym argumentem, na którym Przystępujący opierał istnienie wartości gospodarczej zastrzeganych przez niego informacji, jest ryzyko przejścia pracowników przez konkurencję.

Zdaniem Izby ww. argument nie jest wystarczający by wykazać wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W interesie wykonawcy powinno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do nieujawniania danych specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania, należy uznać za nieprawidłowe (tak też np.: Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2021 r., KIO 698/21, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., KIO 3724/21).

Dodatkowo wskazać należy, że Przystępujący powołuje się jedynie na „ryzyko przejścia pracowników, które ma charakter realny”. Brak jest jednak argumentów, które wskazywałyby czy wykonawca zetknął się z praktyką przejmowania personelu, w jakim wymiarze itd. Wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólny i lakoniczny, możliwy do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę.

Okoliczność, na którą dalej powołuje się wykonawca, tj. ponoszenie kosztów związanych z poszukiwaniem odpowiedniego personelu, zdaniem składu orzekającego, nie ma znaczenia w kontekście wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wskazać należy, że fluktuacja kadr jest zwykłym zjawiskiem rynkowym, występującym w każdej branży. Koszty związane z szeroko rozumianym za-

rządzeniem kadrami, powinny zostać w kalkulowane przez każdego przedsiębiorcę działającego z należytą starannością, w bieżące koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Fakt: ponoszenia tychże kosztów nie może świadczyć o wartości gospodarczej danych zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wykazie osób.

## **Art. 20 ust. 2**

### **23. Wyrok z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1619/23**

Zamawiający w SWZ w sposób jednoznaczny w Rozdziale III podał, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim – jest to zasada Prawa zamówień publicznych. (...) Przepis art. 20 ust. 1 ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, zarówno wobec Zamawiających sporządzających dokumenty zamówienia (przy czym w art. 20 ust. 4 ustawy ustawodawca wprowadził, w charakterze wyjątku możliwość odstąpienia od tej zasady) oraz wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienie. Zasada ta może doznać ograniczenia przez Zamawiającego, gdy w uzasadnionych przypadkach Zamawiający ma możliwość dopuszczenia w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 20 ust. 3 ustawy). Jednoznacznie natomiast wynika z tego przepisu, że dopuszczenie złożenia określonych w tej regulacji dokumentów w innym języku poza językiem polskim, może mieć miejsce w uzasadnionych przypadkach oraz, że Zamawiający taką okoliczność musi dopuścić. Dopuszczenie możliwości złożenia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia w innym języku, niż język polski, musi być jednoznacznie wskazane w dokumentach przez Zamawiającego oraz wskazany musi być język obcy – zgodnie z przepisem język powszechnie używanych w handlu międzynarodowym – w jakim Zamawiający dopuszcza złożenie dokumentów w postępowaniu.

Załączenie do pisma z dnia 11 maja 2023 roku wydruku testu pdf w wersji oryginalnej, w języku angielskim nie spełnia zatem wymagania Zamawiającego przedstawienia w postępowaniu dokumentów w języku polskim, którego – co należy podkreślić – wymagał Zamawiający. Wykonawca był obowiązany do przedstawienia tłumaczenia złożonego dokumentu na język polski, aby możliwa była zgodnie z postanowieniami SWZ i obowiązującymi przepisami ustawy skuteczna weryfikacja dokumentu.

Niezłożenie tłumaczenia dokumentu, testu z dnia 19 kwietnia 2023 roku, załączonego do pisma z dnia 11 maja 2023 roku prowadzi do niemożliwości oceny złożonego dokumentu. Izba podkreśla, że co najmniej część tego dokumentu mogła zostać przetłumaczona, bowiem wartości poszczególnych parametrów nie

są przetłumaczalne (cyfry, liczby czy terminologia techniczna zwyczajowo stosowana) ale cała reszta dokumentu jest przetłumaczalna. Znamionym w ocenie Izby jest, że sam X w trakcie rozprawy przyznał, że część dokumentu można przetłumaczyć. Ta część dokumentu, na której możliwość tłumaczenia wskazał X to określenia, nazwy (takie jak np.: system type, powar source, configuraton notes) poszczególnych parametrów technicznych. Podkreślić należy, że X odwołując się do ustawy z dnia 7 października 1999 roku o języku polskim (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 672) wskazał na art. 11 pkt 5 na brak obowiązku tłumaczenia zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej. Jednakże w ocenie Izby wewnętrznie sprzeczne stanowiska X jednoznacznie potwierdzają, że dokument – test z dnia 19 kwietnia 2023 roku – przetłumaczalny był w odniesieniu zawartych w dokumencie nazw oraz pozostałych informacji jakie dokument zawierał, bowiem poza wynikami testu zawierał również inne treści, które jak przyznał sam X były przetłumaczalne a jednocześnie nie wykazał, że stanowiły zwyczajowo stosowaną terminologię techniczną.

Izba podkreśla, że X, jak również Zamawiający w żaden sposób nie wykazali, że określenia (wszystkie) jakie zostały zawarte w złożonym teście w języku angielskim z dnia 19 kwietnia 2023 roku to są „zwyczajowo stosowane terminologie naukowe i techniczne”. Zamawiający wymagał złożenia testu CrossMark, ta nazwa jako nazwa własna nie podlegała tłumaczeniu ale treść złożonego całego dokumentu z pominięciem wartości paramentów, powinna zostać przetłumaczona, o ile nie stanowiła zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej. Jednocześnie X pominął w swojej argumentacji (odnosząc się jedynie do dwóch „okien” po prawej stronie dokumentu) pozostałą treść dokumentu jaki został przedstawiony Zamawiającemu i nie został przetłumaczony na język polski.

(...) ewentualne wyłączenia stosowania języka polskiego na podstawie art. 11 pkt 5 ustawy o języku polskim odnoszą się do czynności urzędowych i oświadczeń woli składanych przez podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, umów międzynarodowych zawieranych przez Rzeczpospolitą Polską, obrotu z udziałem konsumentów oraz do wykonywania przepisów z zakresu prawa pracy. Nie sposób mówić tu o odniesieniu przepisu do podmiotu „prywatnego” (spółki praw handlowego) składającego ofertę w postępowaniu o zamówienie. Jednocześnie z wyroku tego jednoznacznie wynika także, że wprowadzona ustawowa regulacja kształtująca wymóg posiadania dokumentacji w języku polskim, która nie posiada żadnych wyjątków, zobowiązuje podmiot do posiadania polityki rachunkowości w języku polskim.

(...)

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności oceny dokumentów złożonych przez X, a oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania, warunku zamówienia co do wydajności oferowanego urządzenia w wymaganym przez Zamawiającego teście CrossMark. Uznanie przez Zamawiającego za poprawnie

złożony dokument tj. test CrossMark przez X stanowi odstępnie przez Zamawiającego od ukształtowanych wymagań w SWZ, tj. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polski. Zamawiający nie skorzystał z możliwości jaką daje mu ustawa, a dopuszczenia składania dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym. Zamawiający nie może zmieniać, na etapie oceny ofert, zasad postępowania jakie sam ukształtował. Każde odstępstwo od zasad określonych w danym postępowaniu o zamówienie publicznego musi być sankcjonowane, bowiem w innym wypadku prowadzi do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

### **Art. 27 ust. 1**

#### **24. Uchwała z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 9/23**

Główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i cel umowy. Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy brać również pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów. Stanowisko takie jest prezentowane w orzecznictwie TSUE, który w sprawie o sygn. C-412/04 (Komisja vs Włochy) wskazał, że celem ustalenia, co stanowi główny przedmiot zamówienia mieszanego, należy zbadać zasadnicze zobowiązania wykonawcy w ramach zamówienia i przeciwstawić je zobowiązaniom mającym jedynie charakter dodatkowy, poboczny.

W tym miejscu Izba przywołuje trafne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące istoty i celu tożsamego przedmiotu zamówienia: pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, wyrażone w uchwale z 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 36/22: *„Nie ulega wątpliwości, że istotę parku miejskiego stanowią tereny zielone i to stworzenie tych terenów jest głównym celem zamówienia. Z kolei cała infrastruktura będąca efektem robót budowlanych ma charakter dodatkowy, podnoszący walory i funkcjonalność terenów zielonych, nie stanowi sama w sobie celu całego zadania. Biorąc pod uwagę, że park miejski wymaga przede wszystkim zorganizowania terenów zielonych, to za główny cel zamówienia należy uznać wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zielonych, co znajduje potwierdzenie w SIWZ. O ile bowiem park mógłby istnieć przykładowo bez obiektów małej architektury (choć niewątpliwie ujemnie wpływałby na jego funkcjonalność), to nie sposób sobie wyobrazić parku bez zagospodarowanych terenów zielonych. Czynności z tym związane bez wątpienia nie stanowią robót budowlanych, ale usługi – i tak powinno zostać zakwalifikowane całe zamówienie.”*

Izba wskazuje, że kwalifikacja przez Zamawiającego większości zadań związanych z urządzeniem terenów zielonych, zwłaszcza związanych z nasadzeniem zieleni i zagospodarowaniem terenów zieleni jako robót budowlanych wynika z dużym prawdopodobieństwem z błędnej kwalifikacji tych zadań, jako robót budowlanych ziemnych.

### **Art. 59**

#### **25. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1726/23**

Wykładnia przepisu art. 59 ustawy Pzp wskazuje po pierwsze, że Zamawiający nie musi skorzystać z przysługującego mu uprawnienia, a ponadto, iż żądanie przedłożenia umowy konsorcjum możliwe jest dopiero przed zawarciem umowy. W doktrynie podkreśla się, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przed wyborem oferty takich wykonawców jako najkorzystniejszej czy też żądania jej zawarcia jeszcze przed upływem terminu składania ofert (...). Należy bowiem podkreślić, że żądanie kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia służy przede wszystkim weryfikacji, czy podział zadań pomiędzy tymi wykonawcami zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez każdego z nich zasobów i gwarantuje należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (...). Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, że cel i moment, w którym zamawiający może zażądać kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przesądza o tym, że umowa taka nie stanowi treści oferty.

### **Art. 61 ust. 1**

#### **26. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 329/23**

Zdaniem Izby okoliczność, iż e-mail zawierający powiadomienie o nowej wiadomości zamieszczonej na platformie zakupowej wpłynął do folderu SPAM poczty elektronicznej Odwołującego nie uniemożliwiła Wykonawcy zapoznania się z jej treścią. Odwołujący pomija, iż zgodnie z art. 61 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) Kodeks cywilny [dalej „KC”], oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W świetle powyższego przepisu, dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której „wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej”. Chociaż nie wynika to wprost z komentowanego przepisu, to z jego kontekstu należy wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje



na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej. Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 KC, ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli, spoczywa na odbiorcy oświadczenia. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2003 r. sygn. akt: V CZ 127/03 oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane online zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.

W rozpoznawanej sprawie za kluczową Izba uznała okoliczność, iż Odwołujący w istocie sam potwierdził, że sporna wiadomość e-mail (powiadomienie o nowej wiadomości na platformie) dotarła do niego, co oznacza, iż oświadczenie Zamawiającego dotarło do Wykonawcy oraz że miał on możliwość zapoznania się z jego treścią. Powyższego nie zmienia fakt, że wiadomość e-mail wpłynęła do folderu SPAM, co wynika ze złożonego przez Odwołującego „rysunku 1” załączonego do opinii X z dnia 27 stycznia 2023 r., w którym czytamy, że mail przetargowy trafił/został dostarczony do SPAMu. Okoliczność, iż wiadomość e-mail została umieszczona w folderze SPAM nie oznacza bowiem, że wykonawca pozbawiony został realnej możliwości zapoznania się z jej treścią. W ocenie Izby Odwołujący jako profesjonalista powinien mieć świadomość działania filtrów antyspamowych i zapewnić sobie taką konfigurację poczty elektronicznej, w tym rzeczonych filtrów, aby zagwarantować sobie możliwość odbioru wiadomości z obsługującego go serwera. Korzystanie z systemu powiadomień o zmianach i nowych wiadomościach na platformie zakupowej i podnoszony w orzecznictwie Izby brak obowiązku wykonawcy w zakresie stałego monitorowania platformy zakupowej nie oznacza, że wykonawca zwolniony jest z kontroli klasyfikacji wiadomości uznawanych za SPAM, zwłaszcza że filtry antyspamowe nie są rozwiązaniem doskonałym. Nieodchowanie staranności w tym przedmiocie, zdaniem Izby, nie może być ocenione jako brak realnej możliwości zapoznania się z oświadczeniem woli znajdującym się w folderze SPAM.

#### **Art. 63 ust. 1**

#### **27. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 587/23**

Jak wynika z treści art. 63 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym

mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. W art. 78<sup>1</sup> § 1 k.c. określono odrębnie formę elektroniczną czynności prawnej, stanowiąc, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 73 k.c. zastrzeżenie formy elektronicznej w ustawie powoduje nieważność czynności dokonanej bez zachowania zastrzeżonej formy tylko i wyłącznie wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, natomiast art. 63 ust. 1 Pzp przewiduje taki rygor. Tym samym pod rygorem nieważności w formie elektronicznej w postępowaniach dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosek stosowany w zamówieniach sektorowych, o którym mowa w art. 371 ust. 3 Pzp oraz JEDZ. Przepis art. 63 ust. 1 Pzp wymienia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co należy odnosić do JEDZ niezależnie od tego jakiego podmiotu ma on dotyczyć. W związku z tym każdy podmiot zobowiązany do złożenia JEDZ czy jest to wykonawca, podwykonawca lub podmiot trzeci udostępniający zasoby, powinien złożyć JEDZ w formie przewidzianej w art. 63 ust. 1 Pzp i ze wszystkimi tego skutkami. Odwołujący nie kwestionował dokonanej przez zamawiającego walidacji podpisu elektronicznego złożonego pod JEDZ podmiotu trzeciego, zatem bezspornym było, że podpis ten nie był kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co zestawiając z zasadą jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu, skutkowało koniecznością odrzucenia oferty odwołującego.

## **28. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1788/23**

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy złożone przez X oraz Y ww. oświadczenia stanowią podmiotowe środki dowodowe, które mogą zostać sporządzone w formie uwierzytelnienia notarialnego dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej.

(...) Na gruncie przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie budzi wątpliwości, że komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, przybierające w postępowaniach powyżej tzw. „progów unijnych” formę jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podmiotowego środka dowodowego (arg. z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp). Oświadczenie potwierdzające brak podstaw wykluczenia składa także podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby.

Niewątpliwie konflikt zbrojny w Ukrainie spotkał się z reakcją ustawodawcy unijnego oraz krajowego, który wprowadził obligatoryjne, dodatkowe w stosunku do określonych w art. 108 ustawy Pzp, podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które zamawiający winien zweryfiko-

wać. Mając na uwadze, że z oczywistych względów JEDZ nie obejmuje swoim zakresem podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, zamawiający celem weryfikacji dodatkowych przesłanek wykluczenia określonych ww. rozporządzeniem, powinien wymagać złożenia oświadczenia w ww. zakresie, a wykonawcy powinni takie oświadczenie wstępne złożyć wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analogicznie rzecz ma się w odniesieniu do podstawy wykluczenia określonej w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego z tym jednak zastrzeżeniem, że ta podstawa wykluczenia może, zamiast odrębnego oświadczenia, którego wzór zwyczajowo przygotowuje zamawiający w ramach dokumentów zamówienia, zostać uwzględniona w części III sekcji D JEDZ. Uwzględniając zatem reguły wykładni systemowej dotyczące weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców w zakresie przesłanek negatywnych, w tym okoliczność, że oświadczenia sankcyjne mają wstępnie potwierdzać brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania na dzień składania ofert, tymczasowo zastępując podmiotowe środki dowodowe (analogicznie jak JEDZ), złożenie tych oświadczeń wymaga zachowania formy elektronicznej pod rygorem nieważności (por. art. 63 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp). Na zachowanie ww. formy wskazał także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w udostępnionym na swojej stronie internetowej wzorze oświadczenia wykonawcy dotyczącego przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. (...)

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż złożone przez Przystępującego wraz z ofertą oświadczenia sankcyjne podmiotów udostępniających zasoby, tj. X i Y zostały złożone w nieprawidłowej formie (notarialnego uwierzytelnienia dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej). W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób pominąć katalogu oświadczeń i dokumentów wymaganych przez Zamawiającego do złożenia wraz z ofertą (rozdział VII pkt 1 SWZ) oraz katalogu podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (rozdział VII pkt 3 SWZ). Z lektury postanowień specyfikacji wynika, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczeń sankcyjnych podmiotów udostępniających zasoby zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ, z kolei w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania żądał podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego wg

załącznika nr 9 do SWZ. Uwzględniając zatem przyjęty przez Zamawiającego katalog oświadczeń i dokumentów, które wykonawca winien złożyć wraz z ofertą, jak również katalog podmiotowych środków dowodowych, składanych na dalszym etapie, których celem jest potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, należało dojść do wniosku, że złożone wraz z ofertą oświadczenia sankcyjne podmiotów udostępniających zasoby stanowiły wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, tymczasowo zastępując stosowny podmiotowy środek dowodowy. Mając na uwadze przedstawione powyżej rozważania prawne oraz okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, w tym fakt, iż Przystępujący nie był dotychczas wzywany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń sankcyjnych X oraz Y obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie względem Wykonawcy procedury naprawczej określonej tym przepisem.

#### **Art. 64**

#### **29. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1106/23**

Obowiązkiem zamawiającego jest przede wszystkim zapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane w postępowaniu do komunikacji z wykonawcami, nie ograniczały dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Narzędzia udostępnione przez zamawiającego mają umożliwić wykonawcom dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych do udziału w postępowaniu (tak wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 268/19). Odwołujący w ocenie Izby wykazał przedstawionym materiałem dowodowym, że nie można mu przypisać zachowania bądź bierności o charakterze zawinionym. Jak wynika z regulaminu platformy e-zamówienia nie zawiera on szczegółowych i rozbudowanych zasad przesyłania i otrzymywania korespondencji. Wobec powyższego to Zamawiający winien był reguły te umieścić w SWZ. Brak takich regulacji nie obciąża Odwołującego, który zastosował się zarówno do zapisów SWZ i regulaminu platformy.

#### **Art. 68**

#### **30. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 554/23**

W okolicznościach analizowanej sprawy, zdaniem Zamawiającego, czemu dał wyraz w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wykonawca ten przekazał Zamawiającemu elektroniczne odwzorowanie (podpisany plik w formacie .pdf (skan) interaktywnego Formularza ofertowego, a nie jak tego wymagał Zamawiający interaktywny Formularz ofertowy udostępniony na Platformie e-Zamówienia, nadto wbrew uwadze: Nie należy zmieniać nazwy pliku podanej przez Platformę e-Zamówienia. Zapisany „Formularz ofertowy” należy zawsze otwierać w programie Adobe Acrobat Reader DC, Odwołujący zmienił nazwę pliku nadaną przez

Platformę e-Zamówienia, przy czym, jak ustalono, zmiana tej nazwy polegała na użyciu jedynie wyrazu Oferta, tj. rezygnacji z ciągu znaków nadawanych przez system towarzyszących temu wyrazowi. (...)

Stosownie do przepisu art. 68 Pzp przekazywanie m.in. ofert odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie. Z przepisu tego wynika, że wymaga się, aby środki komunikacji elektronicznej służące określonym w nim celom zapewniały: integralność, tj. brak możliwości nieuprawnionych modyfikacji danych zawarty w ofercie, autentyczność, tj. gwarancję, że treść ofert pochodzi od wskazanego wykonawcy, nienaruszalność danych i ich poufność, tj. brak możliwości ingerencji w treść ofert oraz zapewnienie ich niedostępności i ujawniania zawartych w nich danych podmiotom nieuprawnionym, a także możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

Zamawiający nie podniósł i nie wykazał, aby sposób złożenia oferty przez Odwołującego, nastąpił z naruszeniem ww. wymogów, np. aby oferta nie pochodziła od Odwołującego, aby pozwalała na dokonanie w niej nieuprawnionych modyfikacji, aby nie zapewniała nienaruszalności danych i ich poufności, czy pozwalała na zapoznanie się z jej treścią przed upływem terminu na składanie ofert. (...) W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego na wskazanych powyżej podstawach faktycznych należy zatem uznać, za wyraz nadmiernego formalizmu. Jakkolwiek zgodzić się należy z Zamawiającym, że Odwołujący nie zastosował się do wszystkich wymogów SWZ dotyczących formalnych aspektów jej złożenia to jednak, trudno uznać, że uchybienia te są tej rangi, że skutkują one odrzuceniem oferty na wskazanej przez Zamawiającego podstawie prawnej. Nie może bowiem umyślnie uwadze cel wprowadzania określonych uregulowań w SWZ. Oferta złożona przez Odwołującego stanowi dokument elektroniczny, została przekazana poprzez Platformę e-Zamówienia, została opatrzona podpisem co do którego Zamawiający nie zgłasza zastrzeżeń oraz jest zgodna z warunkami zamówienia. W sytuacji, gdy Odwołujący skorzystał z interaktywnego formularza, tyle, że sporządził jego skan i jest możliwe zapoznanie się z treścią złożonej przez niego oferty, to trudno uznać za usprawiedliwione okolicznościami sprawy jej odrzucenie tylko dlatego, że nie został przekazany interaktywny formularz oferty, lecz jego skan.

#### **Art. 99 ust. 1**

#### **31. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1333/23**

Nie ulega wątpliwości, że określenie terminu realizacji zamówienia jest determinowane szeregiem okoliczności, które Zamawiający musi uwzględnić, aby postępować zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 ustawy Pzp tj. zasadą proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Okoliczności te mogą wynikać

z uwarunkowań zamawiającego, jak również z sytuacji rynkowej. Obiektywne zjawiska, czynniki rynkowe, dotyczące przedsiębiorców muszą być uwzględniane przez podmioty publiczne w procesie ustalania terminów realizacji zamówień. Brak ich uwzględnienia rodzi ryzyko określenia terminów realizacji zamówień w nierealnych ramach czasowych, a w konsekwencji niewykonania zamówienia w terminie i sporów pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą co do okoliczności leżących u podstaw takich opóźnień. Podkreślić jednakże należy, że nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnianie w terminie realizacji zamówienia indywidualnych uwarunkowań poszczególnych wykonawców. Takie działanie byłoby niemożliwe do wdrożenia z uwagi na wielość podmiotów działających na rynku. Podmioty publiczne działają w interesie publicznym, nie zaś w interesie poszczególnych wykonawców. Interesy te nie zawsze pokrywają się, a niejednokrotnie pozostaje ze sobą w konflikcie. W przypadku jego wystąpienia, nadrzędnym celem podmiotów publicznych winno być dążenie do zrealizowania określonych inwestycji publicznych służących ogółowi danej społeczności.

W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący argumentował, że termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego jest terminem nierealnym, zbyt krótkim i niemożliwym do dochowania przez wykonawcę. Izba zauważa, że argumentacja Odwołującego dotycząca omawianego zarzutu charakter ma ogólny i odnosi się w zasadniczej części do indywidualnej oceny uwarunkowań i możliwości wykonania zamówienia przez Odwołującego. (...)

Zasadność zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp nie może być oparta o hipotetyczne rozważania wykonawcy o tym, co być może się stanie i spowoduje opóźnienia. Zadaniem wykonawcy jest wskazanie na konkretne postanowienie SWZ/wzoru umowy, zidentyfikowanie danego obowiązku wykonawcy, wyjaśnienia i wykazanie jakie obiektywne okoliczności uniemożliwiają jego realizację w terminie określonym przez Zamawiającego. Takiej argumentacji Odwołujący nie zawarł w odwołaniu. Zdaniem Izby, Odwołujący wskazuje po raz kolejny na pewne ryzyka związane z możliwymi opóźnieniami w realizacji poszczególnych faz projektu, ale nie identyfikuje obiektywnych źródeł takich opóźnień, opierając się wyłącznie na własnej ocenie swoich możliwości realizacji wymaganych zadań. To zaś nie stanowi zasadnej podstawy do zmiany terminu realizacji zamówienia.

### **32. Wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1730/23**

Ponadto, co istotne dla oceny zarzutów odwołania, zaznaczyć należy, że w dokumentach zamówienia zamawiający nie zdefiniował i nie dookreślił co rozumie pod pojęciem „producenta”. Definicja taka nie została także wprowadzona w ustawie Pzp, brak jest także odesłania w przepisach tejże ustawy do definicji zawartej w określonym akcie prawnym. W konsekwencji pojęcie „producenta”, wprowadzone na potrzeby przedmiotowego postępowania, winno być interpretowane bardzo szeroko. Trafnie w swojej odpowiedzi na odwołanie zamawiający przywołuje definicję producenta wynikającą z art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r.

o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2022 r., poz. 1854), zgodnie z którą przez producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której wyrób ten zaprojektowano lub wytworzono w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Taką też definicję producenta można znaleźć w załączniku I do Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzenia produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG.

Zauważyć należy, że pojęcie to wprowadzono również w ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2021 r., poz. 222). Zgodnie z art. 3 pkt 2, w którym zawarto definicję producenta, za takiego uważa się: a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt; b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym; c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.

Dostrzeżenia wymaga, że przepisy tej ustawy w sposób szeroki interpretują pojęcie producenta, gdyż za takiego, w myśl przywołanej definicji uważa się nie tylko tego, kto dany towar wytwarza, ale każdego kto występuje jako wytwórca umieszczając na produkcie, bądź dołączając do niego swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a nawet osobę, która naprawia lub regeneruje produkt.

Tym samym, skoro brak jest w postępowaniu jednoznacznego wskazania, co należy rozumieć pod pojęciem „producenta” należy, na potrzeby tego postępowania, w tym oceniając dokumenty przedłożone przez danego wykonawcę, w tym wypadku X - przyjąć taką interpretację, która będzie korzystniejsza dla wykonawcy. (...) Zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Odrzucenie oferty może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

**33. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1834/23**

Nie może Zamawiający uchylać się od należytego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust 1 ustawy Pzp i przenosić odpowiedzialności za ustalenie kosztów w zakresie terenu budowy na wykonawcę. To Zamawiający dysponuje terenem budowy, posiada jego dokumentację, i powinien wykazać się znajomością tego terenu w aspekcie wpływu na koszty wykonania zamówienia. Stąd w ocenie Izby niezależnie czy wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy czy ryczałtowy, punktem wyjścia do wyceny zamówienia powinien być należycie przedstawiony w odpowiednich danych i parametrach teren budowy. A zatem Zamawiający nie może powoływać się na ewentualny brak zastrzeżeń wykonawcy co do terenu budowy. W konsekwencji Zamawiający nie powinien uzależniać od zgłoszonych wcześniej zastrzeżeń praw wykonawcy do zgłaszania roszczeń wynikających z terenu budowy, a mających wpływ na wykonanie zamówienia, w zakresie niewynikającym z opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem również niezbędnych danych dotyczących terenu budowy. Skoro już obecnie strony różnie interpretują postanowienia przyszłej umowy, to powinny być one ukształtowane w sposób precyzyjny i niewymagający dodatkowych odniesień do pozostałych postanowień umowy czy przepisów prawa.

**Art. 99 ust. 4****34. Wyrok z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 603/23**

Zgodnie przyjmuje się na gruncie ww. przepisu, że dla wykazania jego naruszenia wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (tak np.: wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21, wyrok KIO z dnia 27 maja 2022 r., KIO 1262/22, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r., KIO 248/22).

Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia. Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy PZP jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach.



**35. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1322/23**

(...) mając na względzie specyfikę danego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje możliwości dokonywania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może wyłączać konkurencję na rynku wśród wykonawców, jednakże opis taki musi być umotywowany i uzasadniony usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Oznacza to, że jeżeli tak jak w omawianym przypadku, zamawiający decyduje się na opis przedmiotu zamówienia, który *de facto* preferuje tylko jednego producenta, bez związku z tym czy produkt ten może być oferowany przez jednego dostawcę/przedstawiciela, to zobowiązany jest swoją decyzję szczegółowo i merytorycznie uzasadnić.

Zdaniem zamawiającego dokonany przez niego opis poparty jest badaniami klinicznymi, dotychczasową praktyką i znajomością przedmiotu zamówienia (oferowanego przez przystępującego). Jednakże są to jedynie puste deklaracje. Na pytanie Izby, zamawiający nie potrafił wskazać w dokumentacji z postępowania w oparciu o jakie opracowania kliniczne oparł swoją wiedzę wykluczającą możliwość zaferowania produktu przez odwołującego.

Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ma na celu z jednej strony umożliwienie wykonawcom (jak najszerszemu kręgowi wykonawców z danej branży) uczestniczenie w przetargu, z drugiej zaś opis przedmiotu zamówienia ma umożliwić racjonalną konkurencję opartą o wyznaczniki rynkowego działania firm.

Odstępstwo od tej zasady jest możliwe, ale musi każdorazowo zostać szczegółowo wykazane przez organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to o tyle ważne i istotne, gdyż tylko prawidłowa weryfikacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego może osiągnąć swój skutek w postaci ograniczenia udziału wykonawców w danym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał zasadności, kwestionowanych przez odwołującego postanowień OPZ, pozostając na bardzo wysokim poziomie ogólności, które nie dają pewności co do racjonalności działań zamawiającego.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu słuszne i zasadne są zarzuty odwołującego, któremu zamawiający uniemożliwił złożenie oferty. Dlatego też zamawiający powinien dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie uwzględniał różnice produktowe różnych producentów, dzięki czemu zostanie zachowana zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

**36. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1653/23, 1676/23**

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania odwoławczego jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp oraz w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu zasady

swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Izba nie przeczy, że uprawnieniem Zamawiającego jest określenie swoich wymagań funkcjonalnych wobec przedmiotu zamówienia publicznego, jego istotnych cech i rozwiązań, by zakładany cel inwestycyjny został osiągnięty. Jednakże Zamawiający nie może zapominać, że jego swobodę w wyborze rozwiązań ogranicza zasada uczciwej konkurencji określona w ustawie Pzp. Niewątpliwie zasada ta nie oznacza w reżimie zamówień publicznych, że Zamawiający jest zobowiązany dopuścić wszystkich wykonawców na danym rynku, ale z drugiej strony nie jest dopuszczalne takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia oferty tylko do określonej grupy wykonawców, oferującej jeden rodzaj nawierzchni, jeżeli ograniczenie to nie zostało uzasadnione obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami zamawiającego.

Zamawiający, choć nie użył w dokumentacji postępowania nazwy własnej, znaku towarowego czy patentu, to ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie zaprzeczał, że jego życzeniem jest, by na obiekcie wykorzystana była nawierzchnia kauczukowa typu X. Z opisu zamówienia wynika niezbicie, że Zamawiający nie dopuścił żadnych innych rozwiązań. Ocenic więc należało, czy Zamawiający wykazał, że istnieją usprawiedliwione, obiektywne okoliczności, które na taką konstrukcję opisu przedmiotu zamówienia pozwalają. W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby Zamawiający konstruując opis przedmiotu zamówienia takich obiektywnych potrzeb nie wykazał i nie udowodnił.

### **Art. 106 ust. 2**

#### **37. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 749/23**

Zgodnie z art. 106 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. W przedmiotowym przypadku nie była sporna okoliczność, że wymagane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe w postaci próbek oferowanego asortymentu są związane z przedmiotem zamówienia – Zamawiający żądał egzemplarzy testowych (po jednym egzemplarzu z każdej oferowanej konfiguracji) oferowanego sprzętu, czyli takiego sprzętu, który ma zostać mu dostarczony w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby ww. przedmiotowe środki dowodowe były także proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (...).

W rozpoznawanej sprawie żądanie przedstawienia próbek w postaci egzemplarzy testowych sprzętu w oferowanej konfiguracji było obiektywnie uzasadnione już chociażby samą skalą dostaw przewidzianych w części 3 i 4 zamówienia i szeregiem wymagań technicznych, jakie oferowany sprzęt miał spełniać (...).

Nie jest ponadto argumentem przemawiającym na korzyść Odwołującego to, że Za-

mawiający wymagał złożenia próbek tylko w dwóch częściach zamówienia. W ocenie Izby okoliczność ta pozwala wywieść wniosek przeciwny, a mianowicie, że Zamawiający analizował kwestię proporcjonalności żądania przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek i wymagał ich złożenia tylko w tych dwóch częściach zamówienia, które mają najbardziej istotne znaczenie i największą wartość (na co wskazywali na rozprawie Zamawiający i Przystępujący, a czego Odwołujący nie negował). Zamawiający ponadto wyjaśnił, że żąda dostarczenia próbek w zakresie tych właśnie części, ponieważ wskazany tam sprzęt informatyczny będzie eksploatowany w kluczowych dla bezpieczeństwa państwa, resortowych systemach teleinformatycznych (w tym sojusznicznych, NATO), wspierających system kierowania i dowodzenia SZ RP. Z tymi okolicznościami Odwołujący również nie polemizował. Izba nie zgodziła się ponadto z Odwołującym, że żądanie dostarczenia próbek miałyby być niecelowe z uwagi na przewidzenie wymagających warunków udziału w postępowaniu, powodujące, iż w postępowaniu udział wezmą jedynie doświadczeni wykonawcy. Zamawiający ma prawo zweryfikować zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z ustalonymi wymaganiami niezależnie od faktu prowadzenia weryfikacji podmiotowej w celu ustalenia czy wykonawca finansowo, technicznie, kadrowo jest zdolny do zrealizowania tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Nawet wykwalifikowany i doświadczony wykonawca może popełnić błędy przy kompletowaniu i konfiguracji sprzętu na potrzeby danego zamówienia. Zamawiający badając egzemplarze testowe będzie miał pewność, że dostanie taki produkt, jakiego oczekuje.

Izba za niewiarygodne uznała twierdzenia Odwołującego, że konieczność przedstawienia próbek narażać ma wykonawców na nieproporcjonalny koszt. Po pierwsze Odwołujący nawet nie wskazał, jakiego rzędu byłby to koszt, podnosząc jedynie lakonicznie, że dostarczenie jednego egzemplarza jest zawsze droższe od dostawy hurtowej. Po drugie, jak wykazał Przystępujący X, istnieje możliwość nieodpłatnego udostępniania przez producenta partnerom handlowym egzemplarzy oferowanych produktów czy też negocjowania cen wypożyczenia takiego sprzętu (dowód: oświadczenie producenta Y z dnia 29 marca 2023 r). Po trzecie, nawet gdyby wykonawca musiał ponieść rzeczywisty koszt zakupu takiego sprzętu, to patrząc na skalę zamówienia, gdzie przykładowo w samej części 3 wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia łącznie 4500 szt. komputerów (i to bez uwzględnienia prawa opcji przewidującego łącznie kolejne 3000 szt.), koszt dostarczenia egzemplarzy testowych niewątpliwie można uznać za nieznacznym i uzasadnionym biznesowo.

### **Art. 107 ust. 1 i 2**

#### **38. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 482/23**

Izba dostrzega różnice redakcyjne w treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w stosunku do przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Zauważyć należy,

że art. 107 ustawy Pzp nie odwołuje się do aktualności dokumentów przedmiotowych składanych przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia, jak to ma miejsce w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się celem, jakiemu służy instytucja przedmiotowych środków dowodowych, jak również celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy kształtowaniu treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – Izba stoi na stanowisku, iż możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile uzupełnione dokumenty potwierdzają prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie. (...) W analizowanym stanie faktycznym, za bezsporne uznać należy to, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. W pkt V „Przedmiotowe środki dowodowe” SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą certyfikat znaku bezpieczeństwa - certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego oraz dokumentację techniczno-ruchową oferowanych produktów (dalej jako DTR). Okolicznością bezsporną jest również to, że termin składania ofert został określony w SWZ na dzień 19 stycznia 2023 r. Tym samym, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie wymagań na dzień 19 stycznia 2023 r.

Dalej Izba wskazuje, że również bezsporną okolicznością w sprawie jest to, że wykonawca X wraz z ofertą nie złożył wymaganego certyfikatu dla obejmującej stalowej ocynkowanej w postaci tzw. zawiesi. Wymagany certyfikat wykonawca złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W złożonym certyfikacie jednoznacznie zostało wskazane, że obowiązuje on od dnia 31 stycznia 2023 r. Tym samym, wykonawca X nie potwierdził zgodności zaoferowanych obejm z wymaganiami Zamawiającego na dzień złożenia oferty. Jak Izba wskazała powyżej, wykładania przepisów art. 107 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wymaga od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, co należy interpretować w ten sposób, że dokumenty te mają potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego na dzień złożenia oferty. Przesunięcie terminu potwierdzenia na dzień uzupełnienia dokumentów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a jego dopuszczenie rodzi ryzyko naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, co Izba wyjaśniła powyżej.

### **39. Wyrok z dnia 2 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1078/23**

W tym miejscu należy ocenić, czy zastosowanie znajduje art. 107 ust. 2 lub ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwsze z ww. przepisów dotyczą m.in. uzupełnienia lub wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Jednakże w niniejszej sprawie nie ma podstaw do stwierdzenia, że przedmiotowe środki dowodowe złożone przez odwołującego są w jakimś zakresie niekompletne, czy niejasne. Istota sprawy tkwi bowiem gdzie indziej: w tym, że odwołujący w niewystarczająco

cy sposób, zbyt ogólnie oznaczył model i typ oferowanych urządzeń, wskutek czego zamawiający nie jest w stanie zidentyfikować tych urządzeń, a w konsekwencji – ustalić, czy spełniają one wymagane parametry. Tym samym nie ma podstaw do zastosowania art. 107 ust. 2 lub ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Nie jest także możliwe zastosowanie w niniejszej sprawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zawarty w tym przepisie zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Tymczasem wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie modelu oferowanych urządzeń musiałoby skutkować podaniem przez niego informacji nie znajdujących się poprzednio w ofercie, czyli uzupełnieniem tej oferty, co stanowiłoby jednocześnie jej zmianę.

#### **40. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1162/23**

Podkreślić należy, iż obowiązkiem wykonawcy jest skonkretyzowanie na moment składania ofert w sposób jednoznaczny przedmiotu oferowanego świadczenia w odpowiedzi na wymogi Zamawiającego, a doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne. Innymi słowy, na moment składania ofert wykonawca winien precyzyjnie wskazać zakres swojego zobowiązania, tj. jaki produkt oferuje i nie jest dopuszczalne jego konkretyzowanie czy zmiana po upływie terminu składania ofert, na etapie badania ofert. Przyjęcie poglądu, iż po upływie terminu składania ofert wykonawca uprawniony byłby do uzupełnienia treści oferty o informacje identyfikujące przedmiot oferty godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i mogłoby prowadzić do manipulacji treścią ofert w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami i jednocześnie powodując niepewność Zamawiającego co do tego, jaki produkt jest oferowany. Wskazać również należy, iż celem przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, nie zaś konkretyzacja treści oferty. (...)

W ocenie Izby bez znaczenia jest okoliczność, iż Zamawiający wymagał podania typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu w dokumencie, który zaklasyfikował do przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 107 ustawy Pzp. Kluczowe znaczenie ma to, jaki jest charakter informacji zawartych w tym dokumencie, a nie to, jak ten dokument został sklasyfikowany przez Zamawiającego. Zdaniem Izby niewątpliwie, ww. dokument w zakresie w jakim dotyczył informacji na temat typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu stanowił treść oferty, a informacje te nie podlegały uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych

środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wskazany przepis nie dotyczy informacji tworzących treść oferty. Postanowienia dokumentów zamówienia przewidujące wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy nie zostały one złożone wraz z ofertą należy interpretować z uwzględnieniem zasady niezmienności treści oferty. Zamawiający nie ma podstaw wezwać wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli z treści oferty nie wynika, jaki sprzęt czy produkt wykonawca zaoferował.

#### **41. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1515/23**

Fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma ocena, czy na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp istnieje prawna możliwość uzupełnienia w okolicznościach tej sprawy, na wezwanie zamawiającego, przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy pierwotnie złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy nie zawiera informacji pozwalającej jednoznacznie ustalić zgodność oferowanego przedmiotu z warunkami zamówienia. Innymi słowy, czy niepotwierdzający wszystkich merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania przedmiotowy środek dowodowy może zostać w okolicznościach tej sprawy uznany za „niekompletny środek dowodowy” i uzupełniony w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy jest dopuszczalne w świetle art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoficerowany koc o nazwie „okrycie pacjenta...” produkcji X o nr katalogowym Y posiada „możliwość podgrzewania (...)”. Dostrzec po pierwsze należy, że pierwotnie złożona wraz z ofertą karta katalogowa potwierdzała samą możliwość podgrzania koca, jedynie nie została w jej treści wskazana temperatura. W ocenie Izby brak ten może być zakwalifikowany jako niekompletność karty katalogowej. Jest to niekompletność w sensie merytorycznym a nie tylko fizycznym, czy technicznym jak podnosi się w doktrynie, jednak skład orzekający w tej sprawie wyraża pogląd, że w okolicznościach tej sprawy nie stoi to na przeszkodzie aby zastosować procedurę wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wskazaną w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Po drugie bowiem, zwrócić trzeba uwagę, że skonkretyzowanie przedmiotu oferty nastąpiło już w samej treści formularza ofertowego, zatem nie ma miejsca sytuacja, że o przedmiocie oferty Zamawiający dowiedział się dopiero z przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że dopóki nie dojdzie do zmiany treści oferty, istnieje w ocenie Izby możliwość, w okolicznościach tej sprawy, do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wysokość temperatury podgrzania koca.

#### **42. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1591/23**

Instytucja przedmiotowych środków dowodowych służy potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami określonymi przez

Zamawiającego w SWZ. Celem złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest zatem potwierdzenie, że oferowany produkt (przedmiot świadczenia) jest zgodny z ustalonymi wymaganiami i że taki właśnie produkt zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dysponować dokumentacją potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ. Takie stanowisko wynika również z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Pzp. (...) Ustawodawca zdecydował się zatem na określenie wcześniejszego momentu składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do podmiotowych środków dowodowych, ponieważ mają one zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości oferty w jej warstwie merytorycznej i ustalenia, który z wykonawców powinien zostać poddany kwalifikacji podmiotowej jako ten, którego ofertę oceniono najwyżej. Ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych, o ile taką możliwość przewidział zamawiający w SWZ. Uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać stan na moment złożenia oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 16 ustawy Pzp i wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferując produkt, którego parametrów nie może potwierdzić na moment złożenia oferty z uwagi na brak wymaganych dokumentów/informacji, natomiast może brak taki usunąć przez swego rodzaju „konwalidację” na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i uzyskanie wymaganych dokumentów/informacji po terminie składania ofert byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. (...) Uzupełnione w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty muszą potwierdzać, że na moment złożenia oferty oferowany produkt spełniał wymagania wskazane w SWZ.

### **Art. 107 ust. 3**

#### **43. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1669/23**

Przepis art. 107 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wprowadza zasadę, zgodnie z którą przedmiotowe środki dowodowe wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dołożyć należytej staranności i przedstawić Zamawiającemu kompletne dokumenty umożliwiające weryfikację oferty w ramach kryterium oceny ofert. To na podstawie złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności przyznania punktów ofercie danego wykonawcy lub nie. Uchybienia wykonawcy w powyższym zakresie w zależności od rodzaju błędu skutkować będą brakiem możliwości przyznania punktów w ocenianym kryterium, względnie odrzuceniem oferty i nie mogą być sanowane na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, której zadaniem jest ocena

prawidłowości dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności (tak też: KIO w wyroku z dnia 23 stycznia 2023 r., KIO 70/23).

Innymi słowy, w przedkładanych przedmiotowych środkach dowodowych, wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu wszelkie informacje, które niezbędne są z punktu widzenia przyznania ofercie dodatkowych punktów. Z uwagi na to, że w przypadku tego rodzaju przedmiotowych środków dowodowych, brak jest możliwości ich uzupełnienia, na podstawie ich treści Zamawiający powinien mieć możliwość kompleksowego zbadania czy okoliczności na jakie powołuje się wykonawca, uzasadniają przyznanie ofercie dodatkowych punktów czy też nie. Zamawiający nie może domniemywać okoliczności, które wprost nie wynikają z treści przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie ma innej możliwości niż ocenić to czy zasadnym jest przyznanie ofercie dodatkowych punktów tylko i wyłącznie na podstawie tych informacji, które uzyskał od wykonawcy.

#### **Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2**

#### **44. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23**

Odwołujący nie podnosił, iż względem członka zarządu Y obywatelstwa niemieckiego oraz członków rady nadzorczej Y obywatelstwa austriackiego materialnie ziściły się przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy. Odwołujący X kwestionował wyłącznie formalny aspekt niewykazania niekaralności tych osób, w związku z nieprzedłożeniem dokumentów właściwych w ocenie Odwołującego. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego X jest niesłuszne. Za takim rozstrzygnięciem przemawia całokształt regulacji prawnych związanych z informacjami z KRK oraz podmiotowymi środkami dowodowymi żądanymi i składanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba doszła do przekonania, że przedłożone przez wykonawcę Y dokumenty są wystarczające w świetle wymagań określonych Rozporządzeniem. Należy podkreślić, iż Rozporządzenie rozróżnia sytuację wykonawców w zakresie składanych informacji z KRK wyłącznie przez przyznanie miejsca siedziby lub zamieszkania wykonawcy. Brak jest takiego rozróżnienia względem obywatelstwa członków organów wykonawców. W ocenie składu orzekającego przepisy Rozporządzenia wprost referują do informacji z KRK w rozumieniu polskiego Rejestru. Rozporządzenie stanowi, iż zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Przy czym z art. 1 ustawy o KRK stanowi o utworzeniu Krajowego Rejestru Karnego oraz o zakresie gromadzonych w nim danych. Ponadto zgodnie z art. 1a ustawy o KRK ilekroć w ustawie jest mowa o systemie ECRIS należy przez to rozumieć zdecentralizowany system teleinformatyczny oparty na bazach danych rejestrów karnych, służący do wymiany informacji pomiędzy organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej poprzez zabezpieczoną sieć teleinformatyczną. Dalej zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 10a) ustawy o KRK prawo



do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przysługuje osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym niebędącym osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną - w przypadkach, w których z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności członków ich organów, współników lub prokurentów, w odniesieniu do członków lub kandydatów na członków tych organów, współników lub prokurentów. Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 1a ustawy o KRK, każdemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz każdej osobie, która mieszka lub mieszkała w jednym z tych państw, przysługuje prawo do złożenia do Rejestru wniosku o wystąpienie z zapytaniem o informację dotyczącą jego osoby zawartą w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli jest lub była obywatelem państwa, do którego kierowane jest zapytanie, lub mieszka albo mieszkała na jego terytorium. W ocenie Izby w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw prawnych do żądania przez Zamawiającego od wykonawcy złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, względem osób obywatelstwa innego niż polskie a pełniących stosowne funkcje w organach wykonawcy, rozszerzonej o informacje z rejestru karnego państwa obywatelstwa. Informacja ECRIS stanowi de facto załącznik do informacji z Krajowego Rejestru Karnego w postaci informacji z rejestru karnego państwa obywatelstwa. Tak więc należy uznać, iż jest informacją odrębną od informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Próżno szukać w obowiązujących przepisach zobowiązania wykonawcy do przedłożenia tego typu dokumentu. Oczywiście Izba dostrzega ułomność takiej konstrukcji względem faktycznego wykazania podstaw wykluczenia wykonawcy, lecz aby zobowiązać wykonawców do przedstawiania takiej rozszerzonej informacji z rejestru, w ocenie Izby konieczna byłaby zmiana przepisów prawa. Z obecnie obowiązujących regulacji w ocenie Izby nie można wywodzić dla wykonawców skutków negatywnych w postaci konieczności pozyskiwania dodatkowych dokumentów. Wykonawca działający z niezwykłą starannością może pozyskiwać informację w rozszerzonym zakresie i celowościowo byłoby to uzasadnione, jednakże w ocenie Izby przepisy nie obligują wykonawców do takiego działania. Ponadto należy nadmienić, iż obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z Oddziałem 4 ustawy Pzp kierowany jest do wykonawcy, a nie osób fizycznych pełniących określone funkcje w organach wykonawcy. Jednocześnie, jak już wskazano powyżej, wykonawca jest podmiotem uprawnionym do występowania o udzielenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego co do karalności osób pełniących określone w ustawie Pzp funkcje, a informacje z ECRIS może pozyskać wyłącznie osoba której one dotyczą (ewentualnie działając przez pełnomocnika). Istotną kwestią w rozpoznawanym zakresie jest również fakt, iż informacje w ramach ECRIS mogą być pozyskiwane wyłączenia względem obywateli państw członkowskich UE, tak więc w przypadku osób pełniących funkcje w określonych organach a będących obywatelami państw spoza UE brak byłoby możliwości pozyskiwania dodatkowych informacji, co mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

**45. Wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1257/23**

Konkludując, zdaniem Izby, zakres przestępstw, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP obejmuje także podstawy wykluczenia, które nie stanowią implementacji art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, lecz są wyłącznie krajowymi podstawami wykluczenia, tj. dotyczą przestępstw w postaci prawomocnego skazania za przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g i pkt 2 ustawy Pzp), czyli za przestępstwa, o których mowa w art. 270- 277d Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów) i przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący. Tym samym, w ocenie Izby, katalog przestępstw zawarty w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

**Art. 108 ust. 1 pkt 5****46. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1054/23**

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że doszło do zmywy przetargowej. Samo subiektywne przekonanie Odwołującego o jej istnieniu jest niewystarczające dla stwierdzenia istnienia podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby, dopuszczane przez doktrynę bardziej tolerancyjne dowodzenie zmywy przetargowej, nie może opierać się na tzw. poszlakach, tym bardziej gdy powołujący się na zmywę nie wykazuje, że takie porozumienie wykonawców ogranicza dostęp do zamówień innym wykonawcom, czy też szkodzi zamawiającemu w prowadzeniu konkurencyjnego postępowania.

Z powyższego wynika zatem, że istnienie tzw. zmywy przetargowej powinno wyraźnie wynikać z okoliczności sprawy, układających się w pewien logiczny ciąg, a w tej sprawie tego brak. Projekcja rzeczywistości opisana przez Odwołującego jako uwiarygadniająca istnienie zmywy, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową. Odwołujący starał się w toku postępowania odwoławczego wywrzeć wrażenie, że wykonawca X jest podmiotem co najmniej niewiarygodnym, jednakże przedłożone przez Odwołującego jako dowody dokumenty w postaci kopii wyroku KIO z dn. 1 grudnia 2022 r., zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa czy też zawiadomienia o przesłaniu aktu oskarżenia, jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, nie były brane pod uwagę przez Izbę.

**Art. 109 ust. 1 pkt 4****47. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1614/23**

Wskazany art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp ma niewątpliwie charakter sankcyjny, jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem przepis ten powinien być stosowany w ścisłym jego rozumieniu z uwzględnieniem stanu faktycznego do którego odnosi się przesłanka, a nie do stanów przyszłych, nawet najbardziej prawdopodobnych, a jednak hipotetycznych. W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca nie mógł powoływać się na zdarzenia przyszłe, jak podnosił Zamawiający hipotetyczne, co do których nie wiadomo czy i kiedy wystąpią. Tak jak podnosił Zamawiający, w tym stanie faktycznym, wyjaśnienia wykonawcy odnosiły się bowiem wyłącznie do trwającego procesu restrukturyzacyjnego. Także argumentacja podnoszona w odwołaniu jak i na rozprawie dotyczyły nie zakończonego procesu. Również w tym przypadku prawomocność postanowienia sądu z dnia 2 czerwca 2023 r. nie została stwierdzona jak wymagają tego przepisy, w tym wskazywany przez Zamawiającego i Przystępującego art. 172 Prawa restrukturyzacyjnego. Z literalnego brzmienia przytaczanego przez stronę i uczestnika przepisu, a także doktryny wynika, że wykonanie układu musi zostać stwierdzone postanowieniem przez sąd. Do momentu jego wydania – nawet jeżeli faktycznie doszło do spełnienia wszystkich zobowiązań składających się na układ – nie uważa się go za wykonany. Oznacza to, że konstytucyjny skutek przedmiotowego postanowienia następuje nie z chwilą jego wydania, lecz, jak wynika z literalnego brzmienia przepisu – z chwilą jego uprawomocnienia. Prawomocność wskazanego orzeczenia z uwagi na jego moc konstytucyjną jest chwilą całkowitego wykonania układu. Tym samym Izba nie mogła zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby fakt: zrealizowania układu na dzień składania oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 Pzp i oczekiwanie na wydanie przez Sąd Restrukturyzacyjny postanowienia o stwierdzeniu wykonaniu układu, stanowił wystarczającą podstawę do uznania, że wobec wykonawcy nie zachodziła przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 4) Pzp, a wykonawca był uprawniony do złożenia w dniu 21/04/23 wraz z ofertą oświadczenia o wskazanej treści.

**Art. 109 ust. 1 pkt 5****48. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 279/23**

Izba uznała, iż w sytuacji gdy w postępowaniu nie miała zastosowania fakultatywna przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy, okoliczności podniesione przez Odwołującego i dotyczące wydanych decyzji nakładających na X kary za naruszenia przepisów ustawy o odpadach – mające wskazywać na naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, nie mogły prowadzić do stwierdzenia wypełnienia przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy odnoszącej się do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Należy

przy tym zaznaczyć, iż dla sprawy zasadniczym pozostawało to, że Zamawiający nie włączył do oceny podmiotowej wykonawców zdarzeń kwalifikowanych, jako naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, co jednocześnie ograniczało zdarzenia mogące być zakwalifikowane, jako naruszenie obowiązków zawodowych mogące prowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W ocenie składu orzekającego traktowanie zdarzeń przypisanych do oddzielnej przesłanki fakultatywnej (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy), jako zachowania naruszającego obowiązki zawodowe, co jest zdarzeniem sankcjonowanym na podstawie innego przepisu (art. 109 ust.1 pkt 5 Ustawy), na gruncie tego postępowania prowadziłyby do naruszenia zasad przejrzystości, w szczególności przez wprowadzenie na etapie badania ofert podstawy do wykluczenia, której Zamawiający nie wskazał w swz. Fakt: iż to samo zdarzenie może być zakwalifikowane pod różne normy nie przesądza automatycznie o możliwości ich zastosowania.

W konsekwencji uznania, iż okoliczności związane z nałożonymi karami finansowymi mogły być kwalifikowane do przesłanki fakultatywnej, która nie została przez Zamawiającego wprowadzona do stosowania w postępowaniu, nie było również podstaw do uznania, iż Wykonawca wprowadził mógł Zamawiającego w błąd wypełniając oświadczenie w JEDZ w części dotyczącej poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, która jest powiązana z inną przesłanką wykluczenia z postępowania.

#### **49. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 481/23**

Przepis ten nie definiuje przy tym naruszenia obowiązków zawodowych. Wobec czego jego interpretacja powinna być dokonywana zgodnie z regułami prowspółnotowej wykładni. Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi bowiem implementację art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Podstawa ta ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej ocenę uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Przykładem takiego naruszenia może być niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wykluczenie na tej podstawie nie może mieć przy tym charakteru automatycznego. Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia Tak więc jakiegokolwiek nieprawidłowe,

niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego.

### **50. Wyrok z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1462/23**

Wskazać należy, że w tym przypadku to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie z tego tytułu. Zamawiający musi wykazać, że zachowanie wykonawcy miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zawartej w wyniku przeprowadzonego zamówienia publicznego. Nadto, owe niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Dodatkowo, konieczne jest stwierdzenie, że niniejsze naruszenie było zawinione przez wykonawcę, do tego poprzez działania zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Wszystkie te przesłanki muszą być wykazane łącznie. W kontekście powyższych uwag, zadaniem Izby w takim przypadku jest zbadanie, czy niewykonanie umowy było na tyle istotne, że można je zakwalifikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych. (...) Jednocześnie, przy ocenie okoliczności danego przypadku winna zbadać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zamówienia, do niewykonania umowy przez wykonawcę. Z kolei, przy ocenie wywiązywania się wykonawcy z ciążących na nim powinności, należy wziąć pod uwagę podejmowane przez niego działania zmierzające do wykonania zamówienia tak, aby osiągnąć cel umowy.

(...) aby istniała możliwość zastosowania art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie istotnego naruszenia podstawowych warunków realizacji zamówienia. (...) Cytowany przepis znajduje bowiem zastosowanie niezależnie od tego czy dane okoliczności zostały usankcjonowane przez sąd. Nawet więc zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zamawiający ma bowiem prawo wykluczenia wykonawcy, jeżeli po wnikliwej analizie dojdzie do wniosku, że naruszenie przez wykonawcę swoich zobowiązań ma charakter kwalifikowany. Ustalenie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w stosunku do konkretnego stanu faktycznego, przy tym zamawiający musi to wykazać stosownymi dowodami, którymi mogą być w szczególności pozw, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań z wykonawcą.

**51. Wyrok z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1575/23**

(...) wypełnienie przesłanek, o których mowa w ww. przepisach ustawy skutkuje zastosowaniem wobec wykonawcy najdotkliwszej sankcji w postaci jego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z postępowania, dlatego w ocenie składu orzekającego decyzja taka powinna zostać podjęta w oparciu o dowody w wysokim stopniu wykazujące kumulatywne zaistnienie omawianych przesłanek. (...) W ocenie Izby określenie użyte w omawianym przepisie odnoszące się do „stosownych dowodów” należy rozumieć w ten sposób, że powinny to być dowody adekwatne i w sposób niewątpliwy przesądzające wypełnienie się przesłanek warunkujących omawianą podstawę wykluczenia. Tymczasem Zamawiający oparł swoją decyzję na bardzo skąpym materiale dowodowym. (...) Niemniej jednak nawet pozyskując dowody od jednej strony Zamawiający powinien był zadbać o to, aby były to dowody obiektywne, w tym także sporządzone przez drugą stronę umowy (np. pełna korespondencja między stronami umowy w zakresie kwestii spornych), co nie miało miejsca w tym postępowaniu.

**Art. 109 ust. 1 pkt 7****52. Wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 481/23**

Przepis ten opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”. Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

**53. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 746/23**

Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie/długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

(...) ocena stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być dokonywana wyłącznie przez pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany albo nienależyte wykonany. Przy ocenie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, wskazane w dyrektywie, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem. Również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były wyeksplikowane w umowie, uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dotyczy to działań nagminnie powtarzających się. Natomiast niewielkie wady przedmiotu zamówienia lub krótkie, nieistotne z punktu widzenia zamawiającego opóźnienie, nie będą mogły zostać uznane za nienależyte wykonanie w istotnym stopniu i nie będą mogły stanowić podstawy wykluczenia. Sam fakt: nałożenia kar umownych na wykonawcę realizującego umowę nie musi automatycznie oznaczać, że umowa realizowana jest nienależyte.

**54. Wyrok z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1429/23**

Dostrzeżenia wymaga, że powołany przepis ma charakter sankcyjny, a zatem jego przesłanki należy interpretować ściśle. Jak wynika z ww. przepisu, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na jego podstawie, konieczne jest łączne spełnienie wszystkich przesłanek wynikających z jego treści.

Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że uchybienia w realizacji zamówienia, które będą skutkowały wykluczeniem z postępowania, muszą prowadzić do zmiany jakości przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiać osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. Tym samym, nie zasługuje na aprobatę argumentacja zmierzająca do uznania, iż sam fakt: mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu (wyr. SO w Warszawie z 20.5.2022 r., XXIII Zs 22/22 (...)).

Zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wskazał dlaczego uważa, iż niewykonanie robót o tak znikomej wartości w stosunku do całości przedmiotu umowy miałyby świadczyć o tym, że jest to wartość znacząca lub istotna w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Co więcej, znaczącego zakresu i istotności ww. robót nie wykazano Izbie nawet w toku postępowania odwoławczego.

Jeśli chodzi o kwestię opóźnienia w wykonaniu robót, to zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu nie sprecyzował, jakiej części zamówienia i o jakiej wartości miałyby to dotyczyć. Zamawiający nie wyjaśnił na czym opóźnienie w wykonaniu prac miałyby polegać, ile wynosiło to opóźnienie. Biorąc pod uwagę jednak, że zamawiający w piśmie z dnia 17 marca 2023 r. nie kwestionował prawidłowości i terminowości robót o wartości 218.182,65 zł, można było jedynie przypuszczać, że ewentualne opóźnienie dotyczyło robót o wartości 1.722 zł. Opóźnienie w wykonaniu zobowiązania może świadczyć o nienależytym wykonaniu umowy, jednakże aby zostało to uznane za uchybienie o charakterze istotnym i znaczącym w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinno być znaczące a w szczególności musi dotyczyć znaczących i istotnych robót.

Wątpliwości budziła również kwestia zasadności powołania się zamawiającego w oświadczeniu o odstąpieniu umowy na § 12 ust. 2 pkt 2 umowy, jako na podstawie takiej czynności. Postanowienie to dotyczyło bowiem przerwania, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wykonywania robót utrzymaniowych i gdy przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni kalendarzowych. Zapis ten dotyczył zatem możliwości odstąpienia w sytuacji, gdy wykonawca porzuca teren robót na okres co najmniej 7 dni. Tymczasem w analizowanej sprawie wykonawca niczego nie porzucał. Wykonawca zgłosił zakończenie wykonywania robót w dniu 23 listopada 2023 r., przed upływem terminu realizacji umowy uważając, że wykonał już całość prac. Jedynie w trakcie dokonywania czynności odbiorowych zamawiający dostrzegł uchybienia, o których jednak z dużym opóźnieniem, bo dopiero w dniu 6 grudnia 2023 r., już po zakończeniu umownego okresu realizacji prac poinformował odwołującego. Trudno zatem w omawianej sytuacji było mówić o tym, że wykonawca porzucił wykonywanie prac utrzymaniowych.



**55. Wyrok z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1453/23**

Przepis ten odnosi się zarówno do przypadków całkowitego niewykonania zobowiązania, jak i do nienależytego wykonania zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości. (...) Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym stanie faktycznym Zamawiający (Gmina X) odstąpił od umowy z wykonawcą Y na skutek braku wymaganego przepisami prawa wpisu do rejestru działalności regulowanej i wykonywania umowy bez tego wpisu a więc z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest więc znaczący, gdyż doszło do naruszenia istotnego zobowiązania, tj.: niespełnienia świadczenia głównego, na skutek czego Zamawiający nie tylko, że odstąpił od umowy z tym wykonawcą, ale także obciążył go z tego tytułu karą umowną. Wobec wykonawcy zastosowano więc sankcję z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

**56. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1661/23**

Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy (*por. wyrok w sprawie Forposta*). Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczący”, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależytych wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (*por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej*). Niekiedy jednak także drobne niedociągnięcia będą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, jeżeli się powtarzają. Nienależyte wykonanie zobowiązania nie musi być znaczące w przyjętym wyżej znaczeniu, jeżeli wykonawca „długotrwale nienależytych wykonywał zobowiązanie”. Długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania ma miejsce, jeżeli wykonawca regularnie nienależytych wykonuje zobowiązanie, nawet jeżeli w danym wypadku stopień wadliwości nie jest znaczny. Przykładem może być regularne niedo-

trzymywanie terminów realizacji powtarzających się dostaw lub usług objętych jedną umową. Oceniając, czy wykonawca długotrwale nienależycie wykonuje zobowiązanie, uwzględnia się tylko konkretne zamówienie, w którym doszło do zastosowania sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a nie kilka zamówień, chyba że poszczególne zamówienia są objęte jedną umową ramową. Nie każdy przypadek znaczącego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Musi to być naruszenie istotnego zobowiązania. Istotne zobowiązanie należy zasadniczo utożsamić z zobowiązaniem do spełnienia świadczenia głównego. Przeciwnością zobowiązań istotnych są obowiązki uboczne lub pomocnicze towarzyszące świadczeniu głównemu, które służą zapewnieniu, że świadczenie to osiągnie oczekiwany cel i będzie rzeczywiście prowadzić do zaspokojenia interesu wierzyciela. Obowiązki uboczne oznaczają wszystkie te obowiązki, które służą przygotowaniu, przeprowadzeniu, zabezpieczeniu i rozliczeniu świadczenia, w szczególności obowiązki informacyjne oraz dotyczące sporządzenia lub wydania dokumentów (np. art. 459 Kc, art. 460 Kc, art. 546 Kc, art. 6882 Kc, art. 738 § 1 Kc). Zwykle mają funkcję porządkową lub wynikającą z zasad lojalności kontraktowej lub służą ochronie zaufania (...). W praktyce odróżnienie istotnych zobowiązań od obowiązków ubocznych może stwarzać problemy. Przykładem jest naruszenie obowiązku zgłoszenia podwykonawcy. Jeżeli umowa przewiduje nakaz osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 121 Pzp) lub uzależnia skorzystanie z podwykonawcy od uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego, w szczególności w celu umożliwienia temu ostatniemu upewnienia się, że nie ma podstaw do wykluczenia podwykonawcy (art. 462 ust. 6 i 7 Pzp), taki obowiązek należy zakwalifikować jako istotne zobowiązanie (por. wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:826, pkt 32). Powierzenie wykonania zobowiązania osobie trzeciej wbrew obowiązkowi osobistego spełnienia świadczenia stanowi bowiem niewykonanie zobowiązania. Niekiedy jednak brak takiego zgłoszenia nie wyłącza możliwości wykonania zamówienia przez podwykonawcę (np. art. 6471 Kc, art. 738 § 1 Kc, art. 464 ust. 3 Pzp). W takim wypadku brak wymaganego zgłoszenia jest naruszeniem obowiązku ubocznego (por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Delta, pkt 44; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak [red.], System prawa prywatnego, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209). Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Za oczywiście nieproporcjonalne można jednak uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się nie powtarzają (...).

W ocenie Izby, zarówno charakter naruszenia jak i jego zakres zarówno ilościowy, jak i wartościowy nie mogły stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Drobne, z punktu widzenia użytecznego wykorzystania przedmiotu umowy, wady w wykonaniu inwestycji, nie mogą wywoływać, tak sankcyjnego skutku wobec wykonawcy, jaki próbuje przypisać zamawiający odwołującemu. Co również istotne, w zakresie warstwy ścieralnej, jak wynika z akt: postępowania, zamawiający był skłonny przyjąć tę pracę, mimo stwierdzonej przez siebie wadliwości (z czym nie zgadzał się odwołujący) uzależniając jej odbiór od wydłużenia okresu gwarancji. Oznacza to, że wada ta nie była dla zamawiającego istotna. Istotność wady jest bowiem mierzona stopniem nieprzydatności jej zakresu uniemożliwiająca użytkowanie przedmiotu zamówienia. Skoro, jak to wynika z dowodów powołanych przez odwołującego, przedmiot inwestycji jest w bieżącym użytkowaniu, to nie sposób uznać, iż mimo ewentualnie stwierdzonych wad w jego wykonaniu, stanowić to może o istotnej wadzie, wywołującej określone sankcje dla wykonawcy. Izba wzięła pod uwagę dowody (odwołującego) z korespondencji prowadzonej przez odwołującego z zamawiającym, które *de facto* potwierdzały brak woli współpracy zamawiającego z wykonawcą, co w konsekwencji wywołało skutek zarówno w terminie wykonania inwestycji, jak też mogło mieć wpływ na jej jakość.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność związana z brakiem zgody zamawiającego na odnotowanie stanowiska odwołującego w czynnościach inwentaryzacyjnych z dnia 5 sierpnia 2022 roku. Jak słusznie wskazywał odwołujący zamawiający, zgodnie z istotą umowy o roboty budowlane, zobowiązany jest do odebrania robót po ich zakończeniu przez wykonawcę i zgłoszeniu tego faktu w ramach gotowości do odbioru. Odebrania obiektu zamawiający może natomiast odmówić w przypadku, w którym przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi, a więc sprawiającymi, że przedmiot umowy nie nadaje się do użytkowania. Nie mieści się natomiast w swobodzie zamawiającego odmawianie dokonania odbioru lub jego przedłużanie z uwagi na ewentualnie stwierdzone wady o charakterze mniejszej wagi niż wady istotne, a za takie bezsprzecznie należy uznać wady opisane w pismach.

Stanowisko takie nie tylko wynika wprost z przywołanego przepisu, ale również jest zbieżne z jednolitymi głosami doktryny i judykatury oraz potwierdzanym przez nie charakterem tego przepisu, jako obligującego zamawiającego do dokonania odbioru z zastrzeżeniem wyjątku do sytuacji wad istotnych. Abstrahując od tego, że w przedmiotowej umowie łączącej strony nie uregulowano jakoby odbierane roboty miały być pozbawione tego rodzaju usterek i niedoróbek o charakterze wad nieistotnych, przytoczyć należy ugruntowane orzecznictwo sprzeciwiające się uzależnianiu odebrania robót od braku jakichkolwiek wad usterek, czy to na etapie umownym, czy realizacyjnym zawartej umowy (...).

Zdaniem Izby, nie było dopuszczalnym, aby zamawiający odmawiał dokonania odbioru końcowego powołując się na powyższe przyczyny. Jak słusznie podniósł odwołujący, tryb zarzucania wykonawcy wad wykonania Umowy na kanwie sporu

stron nie licuje z jej wymogami opisanymi w § 15 ust. 1 w zw. z ust. 4 Umowy. Umowa w przedmiotowym zapisie § 15 ust. 1 uprawnia zamawiającego do odmowy odebrania robót jedynie dla przypadku wad istotnych. Jednakże wady przez zamawiającego zgłaszane nie stanowią takich wad. Zgodnie bowiem z § 15 ust. 4 Umowy wady powinny być, po pierwsze, stwierdzone protokolarnie, a po drugie, stwierdzone w ramach oględzin, o których planowanym przeprowadzeniu zamawiający miał obowiązek powiadomić wykonawcę na 14 dni przed wyznaczonym terminem. Wymogi te nie zostały przez zamawiającego spełnione przed inwentaryzacją, a w trakcie inwentaryzacji nie wskazano wad istotnych.

Tym samym, w ocenie Izby, brak było podstaw faktycznych do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

### **Art. 109 ust. 1 pkt 10**

#### **57. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 259/23**

Zdaniem Izby, ponieważ doszło do okoliczności implikujących konieczność wykluczenia przystępującego X z przetargu, zamawiający obowiązany był tej czynności dokonać, niezależnie w jakim momencie i w jaki sposób dowiedział się o utracie wymaganej zdolności podmiotowej przez przystępującego.

Izba nie ma przy tym wątpliwości, że odtwarzając wzorzec należytego zachowania w takiej sytuacji, inicjatywą w poinformowaniu zamawiającego, że zachodzą wobec wykonawcy podstawy do wykluczenia należy obarczyć wykonawcę, a nie uznać, że skoro zamawiający nie zapytał, to wykonawca nie musiał ujawniać, że należy go wykluczyć, bo jedynym obowiązkiem jest odpowiedź na wezwanie (np. w trybie 126 p.z.p.). Szczególnie, że do wykluczenia doszło już po składaniu oświadczeń i dokumentów w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, więc zgodnie z procedurą, co do zasady, zamawiający nie wzywa wykonawcy kolejny raz. Przykładowo, aby skorzystać z instrumentu z art. 126 ust. 3 p.z.p. zamawiający musi z jakiegoś źródła posiadać wiedzę o tym, że sytuacja podmiotowa wykonawcy uległa zmianie. Jednoznacznie takim źródłem powinien być wykonawca, a przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionej rekonstrukcji treści norm prawnych, gdzie wykonawca byłby premiowany za bierność, dzięki której mógłby zdobyć kontrakt, którego zgodnie z przepisami nie powinien móc realizować. Innymi słowy, skutkowałoby to możliwością przyjęcia stanu niezgodnego z zasadami uczciwego obrotu i w istocie stanu niemoralnego - stanowiącego swoistą nagrodę dla wykonawców nieuczciwych, zyskujących przewagę na rynku dzięki temu, że nie ujawnialiby zamawiającemu stanu rzeczywistego, nie pozwalając podjąć prawidłowej decyzji w oparciu o wszystkie istotne informacje dotyczące stanu zdolności podmiotowej wykonawcy. I nie w każdym przetargu wystąpi inny podmiot, który taką wiedzę zamawiającemu mógłby przekazać, nie ma też przykładowo ogólnych rejestrów, skąd można byłoby dowiedzieć się o wykluczeniu w innych przetargach.

**58. Wyrok z dnia 20 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 261/23**

Izba wskazuje, że przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania (...)

Analiza treści art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania Zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia bez wątplenia zaliczyć należy informacje stanowiące podstawę oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert, decydujące o pozycji wykonawców w rankingu ofert.

**Art. 109 ust. 3****59. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23**

Mając na uwadze skutek przepisu art. 109 ust. 3 Ustawy należy uznać, iż dopiero powołanie się przez Zamawiającego na możliwość odstąpienia od zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania, oznacza konieczność podania uzasadnienia dla tego odstąpienia. W taki sam sposób w procedurze przetargowej dokonuje się każdej czynności potwierdzającej zastosowanie sankcji danej normy prawnej. Zatem, gdyby Zamawiający uznał, iż zachodzą podstawy do niezastosowania przesłanki wprowadzonej do postępowania, wówczas taką decyzję musiałby uzasadnić podejmując decyzję o wyborze oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, czy też kierując do niego zaproszenie do złożenia oferty w przetargu ograniczonym. Zamawiający nie jest natomiast zobowiązany do uzasadnienia przyczyn braku uznania, iż wykluczenie z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Skoro przepis wprowadza uprawnienie do odstąpienia, które w przypadku wypełnienia treści normatywnej powoduje,

iż przesłanka wykluczenia nie znajduje zastosowania, to dopiero powołanie się na tą podstawę prowadzi do obowiązku szczegółowego uzasadnienia. Równocześnie to na Odwołującym podnoszącym brak zastosowania tej normy spoczywa w sporze z Zamawiającym wykazanie okoliczności, które czynić miały decyzję o wykluczeniu oczywiście nieproporcjonalną.

Przechodząc zatem do oceny okoliczności podanych przez Wykonawcę we wniosku i powtórzonych w podstawie zarzutów, skład orzekający uznał, iż ocena proporcjonalności nie może być rozumiana w szerszym kontekście jako decyzja o wykluczeniu ma na pozycję wykonawcy w postępowaniu, ale w kontekście zachowań i okoliczności które doprowadziły do niewykonania zamówienia. Tym samym Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego, w której prezentował konieczność badania skali niewykonanego zamówienia w stosunku do całości działalności i wykonanych umów. Takie podejście oznaczałoby bowiem, iż przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zasadzie traciłaby znaczenie przy dużych podmiotach z uwagi na skalę działalności, jednocześnie powodując, iż mniejsi przedsiębiorcy znajdowaliby się w gorszej sytuacji, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Ponieważ przepis traktuje o odstąpieniu od umowy z powodu jego niewykonania w znacznym stopniu lub zakresie, do czego doprowadziły przyczyny leżące po stronie wykonawcy, to właśnie w kontekście okoliczności towarzyszących niewykonaniu zobowiązania należy ocenić, czy wykluczenie z postępowania jest oczywiście nieproporcjonalne.

Odnosząc się do powodów, które miałyby w ocenie Odwołującego czynić decyzję o wykluczeniu z postępowania oczywiście nieproporcjonalną, skład orzekający uznał, iż złożone oświadczenia producenta nie wykazują w sposób przekonujący, aby zmiana warunków dostępności materiału balistycznego, jaka wystąpiła już na początku realizacji kontraktu, była spowodowana pandemią. Odwołujący nie wykazał, aby po zawarciu umowy we wrześniu 2021 r. nastąpiła istotna zmiana sytuacji producenta tarcz, która uzasadniałaby uznanie, iż Wykonawca nie mógł zabezpieczyć dostawy dla Zamawiającego. Zakładając bowiem, iż sytuacja wynikająca z pandemii nie wpływała obiektywnie na zmianę warunków dostawy, należy przyjąć, iż zawierając umowę Wykonawca powinien był te okoliczności mieć na uwadze. Przyjęcie w tej sytuacji zobowiązania do wykonania umowy nie może być tłumaczone następnie jako działanie podjęte z rozważą wymaganą od profesjonalisty, w szczególności wobec dostaw mających znaczenie dla bezpieczeństwa Państwa.

### **Art. 110 ust. 1 i 2**

#### **60. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 373/23**

Wskazania wymaga, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady z inicjatywą samooczyszczenia powinien wystąpić sam wykonawca, wskazując w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie.

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

#### **Art. 111 pkt 4**

#### **61. Wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 913/23**

Mając to na uwadze należy wskazać, że ustawa Pzp określa wyłącznie długość trwania okresu wykluczenia i nie zawiera przepisów, które wskazywałyby na możliwość zawieszenia czy przerwania biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń, w szczególności nie przewiduje możliwości wstrzymania biegu tego okresu, w sytuacji złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ okresu wykluczenia następuje *ex lege* i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu (jak na przykład instytucja przedłużenia przedawnienia karalności z art. 102 Kodeksu karnego), to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie powinno się wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W przeciwnym razie wykonawca zostałby wykluczony z postępowania za zdarzenie, wobec którego okres wykluczenia już upłynął. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Jeśli nastąpi to w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to w świetle art. 111 pkt 4 ustawy Pzp istniejąca na dzień składania ofert podstawa wykluczenia wykonawcy ustanie. I odwrotnie - w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą zaistnieć zdarzenia dla wykonawcy niekorzystne: wykonawca może nie podlegać wykluczeniu na dzień składania ofert, jednak jeśli podstawa wykluczenia zmaterializuje się w toku postępowania, to Zamawiający będzie mógł wykluczyć z tego postępowania wykonawcę.

W ocenie Izby, jeśli momentem decydującym o możliwości wykluczenia wykonawcy za zaistnienie określonego zdarzenia w sytuacji, gdy okres wykluczenia upływa w toku postępowania o udzielenie zamówienia, miałyby być termin składania ofert, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w przepisach ustawy Pzp. W aktualnym stanie prawnym brak jest jakichkolwiek regulacji, które wskazywałyby na możliwość przedłużenia w takim przypadku okresu wykluczenia do czasu zakończenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie do czasu podjęcia przez zamawiającego decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania. Wobec tego,

mając na względzie wspomniany już sankcyjny charakter omawianych przepisów, znaczenie decydujące winna mieć tutaj literalna treść art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten określa wyłącznie moment, od którego należy liczyć początek biegu okresu wykluczenia (zdarzenie będące podstawą wykluczenia), który kończy się z upływem trzech lat od tego zdarzenia, niezależnie od jakichkolwiek okoliczności. Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło. Składając ofertę w postępowaniu, w którym termin składania ofert przypada już po upływie ww. okresu wykluczenia, podmiot taki co do zasady nie ma już obowiązku wskazywania w Części III.C JEDZ, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. W ocenie Izby na gruncie obowiązujących przepisów brak jest podstaw do różnicowania ww. sytuacji od sytuacji, w której okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do nieznajdującego oparcia w przepisach rozciągnięcia czasu trwania stanu wykluczenia wykonawcy z tytułu zaistnienia określonego zdarzenia ponad wynikający wprost z ustawy Pzp.

## **62. Wyrok z dnia 28 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1203/23**

Reasumując, w uproszczeniu można powiedzieć, że rozważając, czy przez „odnośne zdarzenie”, od którego należy liczyć okres wykluczenia, należy rozumieć zawarcie przez wykonawców porozumienia wymierzonego w konkurencję, czy też stwierdzenie tego faktu przez właściwy organ, Trybunał opowiedział się na tle stanu faktycznego sprawy głównej za tym drugim rozumieniem.

Co więcej, Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 5/23 również wprost wskazał [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:, (...) *że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmony przetargowej”. Przeciwnie – ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie*



*inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Sąd Okręgowy podkreślił, że pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, mogące być rozmaicie interpretowanym, (...), w ocenie Sądu Okręgowego pozwala a wręcz ukierunkowuje na interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych. Tym samym Sąd Zamówień Publicznych oddalając powyższym wyrokiem skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2022 r. sygn. akt: KIO 2960/22, podzielił stanowisko wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku, że (...) interpretacja pojęcia „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy. (...)*

Przed wszystkim już z literalnego brzmienia odnośnych przepisów ustawy pzp i dyrektywy nie wynika, aby dany zamawiający nie mógł wykluczać wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp (mając na uwadze art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej) za porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, które zostały zawarte w związku z innymi niż aktualnie prowadzone przez tego zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym za zmoły dotyczące przetargów poza reżimem zamówień publicznych. Umknęło uwadze Odwoływającego, że już z brzmienia przywołanego powyżej art. 111 ustawy pzp wynika, że spośród wszystkich podstaw wykluczenia tylko te dwie, na które wskazano w pkt 7, zostały uznane przez krajowego ustawodawcę za sytuacje, gdzie wykluczenie następuje wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia. Z kolei z art. 57 ust. 5 dyrektywy klasycznej wprost wynika, że dla zastosowania podstaw wykluczenia, zarówno tych obligatoryjnych, jak i fakultatywnych, nie ma znaczenia, czy działanie lub zaniechanie wykonawcy miało miejsce w trakcie danego postępowania, czy jeszcze przed jego wszczęciem. Jednocześnie wyłącznie w odniesieniu do bezprawnych zakłóceń konkurencji polegających, czy to na uprzednim uczestnictwie wykonawcy w przygotowaniu postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy klasycznej), czy też na konflikcie interesów osób uczestniczących w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w art. 57 ust. 4 lit. e dyrektywy klasycznej), *per se* mogą być sankcjonowane wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym takie sytuacje wystąpiły.

**Art. 112 ust. 1****63. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 49/23**

Zestawienie treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia nie pozwala stwierdzić, iż jest on związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Wskazać należy, iż jakkolwiek zamawiający posiada swobodę w ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, to jednak warunki muszą odnosić się do konkretnego zamówienia publicznego i jego przedmiotu. Ponadto formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności, co wymaga uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu czy ilości. Celem warunków określanych przez zamawiającego jest zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. Niezbędne jest zatem zachowanie równowagi między interesem zamawiającego, a interesem wykonawcy, po to aby nadmierne wymagania zamawiającego nie doprowadziły do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

**64. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 205/23**

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga Zamawiający wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie

termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego). W przypadku jednak, gdy wykładnia językowa nie daje podstaw do ustalenia jednoznacznego znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia zakresu wymagań Zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odkodowaniu treści zawartej w SWZ. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłyby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 ustawy Pzp. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji, jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.

### **65. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 224/23**

Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającym rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania.

Treść warunków udziału w postępowaniu powinna zatem korespondować z ww. przedmiotem zamówienia, tak by Zamawiający był pewny, że zostanie on należyście zrealizowany. Z drugiej jednak strony interes Zamawiającego nie powinien być bezwzględnie stawiany na pierwszym miejscu. Przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu należy dążyć do równowagi pomiędzy zapewnieniem gwarancji należytego wykonania zamówienia, a dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy będą zdolni do jego wykonania.

Możliwe jest bowiem takie opisanie warunków, by udział w postępowaniu wzięli tylko wykonawcy z doświadczeniem na bardzo wysokim poziomie, dający ponad wszelką wątpliwość rękojmię należytego wykonania zamówienia. Możliwe jest jednak również opisanie warunków w taki sposób, by zapewnić dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, być może z innym zakresem doświadczenia, jednak bez uszczerbku dla rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc za każdym razem dążyć do takiego opisanie warunków, by udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

### **66. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 557/23**

Art. 112 ust. 1 Pzp odwołuje się do najczęściej stosowanego sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”. Minimalne poziomy zdolności konkretyzują ogólne kryteria stosowane przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający co prawda nie jest zobowiązany do ustalenia minimalnych

poziomów zdolności, co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem „w szczególności”. Określając je odmiennie, musi jednak określić je w sposób umożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, natomiast w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie był w stanie wykazać zasadności zastosowania wymogu przewyższającego minimalne poziomy zdolności.

### **67. Wyrok z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1207/23**

Pomimo to, że ustawodawca, w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie posługuje się pojęciem „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, to można je odnaleźć w szeregu orzeczeń zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. Pojęcie to ma swoją genezę w dorobku orzeczniczym i jest przywoływane wielokrotnie. Uzasadnione potrzeby zamawiającego to swoisty, niewyrażony normatywnie, pozaustawowy, ukształtowany przez praktykę orzeczniczą, weryfikator (miernik) legalności działań i zaniechań zamawiających. Jest to trwały element systemu zamówień publicznych, niezależny od skonkretyzowanych regulacji prawnych, kształtujących proces przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień. W istocie bowiem przyczyną i początkiem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamiar i konieczność zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego wykonującego zadania stanowiące przedmiot jego, co do zasady, statutowej działalności. Uzasadnione potrzeby zamawiającego współgęzystują z wyraźnie wyróżnionymi w ustawie Pzp zasadami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego zamawiający wykazał zasadność sformułowanych w ogłoszeniu i specyfikacji warunków udziału opisując wielkość i charakter prac niezbędnych do wykonywania w mieście o specyficznych uwarunkowaniach w zakresie wielkości i przestrzeni wymaganych do obsługi pasów drogowych miejskich wraz z wymogiem legitymowania się możliwością wykonywania takich prac w określonym czasie. Fakt, iż także po złagodzeniu wymogów, wykonawca nie dysponuje samodzielnie opisanym doświadczeniem technicznym i zawodowym, nie oznacza, że w postępowaniu naruszona została zasada równego traktowania wykonawców.

### **68. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1578/23**

Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Warunki powinny być określone na minimalnym poziomie, wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Natomiast zdol-

ności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert.

**69. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1829/23,  
KIO 1830/23, KIO 1831/23, KIO 1832/23**

Tymczasem Odwołujący, podnosząc ten zarzut wskazał, iż warunek został opisany w sposób nieprecyzyjny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nieproporcjonalny, wnosząc o jego modyfikację, konsekwencją której miałyby być zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogą się o to zamówienie ubiegać. Odwołujący oczekuje bowiem doświadczenia w zrealizowaniu niemal analogicznej usługi do tej, która stanowi przedmiot tego zamówienia. A więc zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie tego zamówienia, gdyż eliminuje podmioty, które działały jako podwykonawca czy też realizowały usługę tylko w zakresie nieruchomości niezamieszkałych. Oczekuje bowiem legitymowania się doświadczeniem uzyskanym w trakcie usługi odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych. Nie wyjaśnia jednak na czym polega nieprecyzyjność tak postawionego warunku. Nieproporcjonalność upatruje natomiast w zbyt niskich wymogach jakie muszą spełnić potencjalni wykonawcy, nie biorąc pod uwagę tego, że zasada proporcjonalności wyraża się w formułowaniu wobec wykonawców wymagań w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych wymagań, ograniczających bez uzasadnienia prawa wykonawców. Tak skonstruowany warunek – jak wyjaśnił Zamawiający, odnosząc się do swych potrzeb – ma potwierdzić między innymi zdolność Wykonawcy związaną z obsługą większych gmin, ale też doświadczenie przy wszelkich czynnościach sprawozdawczych, jakie wynikają z prowadzenia usługi nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy. A ponadto warunek ten ma dać możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie szerokiemu gronu wykonawców, nie uzależniając doświadczenia wykonawcy od tego czy realizował usługę w zakresie nieruchomości zamieszkałych, czy też niezamieszkałych. Konstrukcja tego warunku nie ogranicza więc konkurencji, jak i nie narusza wskazanych przepisów ustawy Pzp.

**Art. 114 pkt 1**

**70. Wyrok z dnia 7 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1773/23**

Niezasadny jest również zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego posiadania niezbędnych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. W odniesieniu do tego zarzutu aktualne pozostaje stanowisko Izby dotyczące charakteru spółki cywilnej i potencjału jej wspólników. Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący na dzień składania ofert był wpisany do rejestru jako XYZ. Skoro więc wpis w rejestrze dotyczy X, Y oraz Z, to nie sposób twierdzić, że X i Y (obecni wspólnicy) takiego wpisu nie posiadali. Wpis ten był

nieaktualny jedynie w odniesieniu do Z, co jednak nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania, w którym ww. osoba nie jest wykonawcą.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący wykazał, że wniosek o aktualizację danych w BDO w zakresie współników wchodzących w skład jego spółki cywilnej złożył 27 sierpnia 2021 r. (przedłożył na tę okoliczność urzędowe potwierdzenie odbioru wniosku przez organ), należy więc stwierdzić, że dochował należytej staranności i nie może ponosić negatywnych skutków opieszałości organu zobowiązanego do aktualizacji danych w BDO. Przystępujący wykazał również, że obecnie wpis do BDO jest już zaktualizowany. Ponadto Przystępujący zasadnie wskazał, że zmiana polegała jedynie na wykreśleniu nazwiska tego współnika z nazwy spółki cywilnej, a zakres wpisu do BDO odnoszący się do obecnych współników nie uległ zmianie (ani takiej zmiany nie wymagał). Wskazane osoby, jako współnicy spółki cywilnej, pozostają zarejestrowani w BDO pod tym samym numerem rejestrowym co uprzednio, a zakres ich wpisu jest tożsamy (wpis jako transportujący odpady, bez zmian w zakresie katalogu odpadów).

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, który twierdził, że o zasadności zarzutu świadczy to, że to współnicy, a nie spółka, podlegają wpisowi do rejestru. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Przystępującego, który wskazał, że zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek podmiotu, po stwierdzeniu, że wniosek o wpis do rejestru nie zawiera braków formalnych. Organ, w razie uznania, że wpis nie może zostać dokonany wydaje decyzje o odmowie dokonania wpisu do rejestru (art. 62 ww. ustawy) oraz może również wykreślić podmiot z rejestru (art. 64 ww. ustawy). Ponadto Przystępujący wykazał, że w samym województwie dolnośląskim do rejestru BDO wpisanych jest kilkaset spółek cywilnych. Zgodzić należy się z Przystępującym, że trudno przyjąć, aby Marszałek Województwa Dolnośląskiego niezasadnie dokonał wpisu tych podmiotów do BDO, narażając je na zarzut niezgodnego z prawem działania w obszarze gospodarki odpadami. Trudno też uznać, aby postępowanie odwoławcze w przed Izbą było właściwym środkiem do weryfikacji prawidłowości tej praktyki.

### **Art. 117 ust. 3**

#### **71. Wyrok z dnia 7 lipca 2023 r., sygn. akt: 1773/23**

Okolicznością bezsporną jest to, że spółka cywilna, której współnicy złożyli ofertę w tym postępowaniu, składa się obecnie z dwóch współników, którzy powołali się na doświadczenie zdobyte częściowo w czasie, w którym w skład spółki wchodziło trzech współników.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym obecni współnicy spółki cywilnej mogą powołać się na doświadczenie tylko w takim zakresie, w jakim sami wykonywali zamówienia, z wyłączeniem tej części zamówień, które wykonywał były współnik. Stanowisko Odwołującego opiera się na utożsamieniu

sytuacji wspólników spółki cywilnej z sytuacją wykonawców tworzących konsorcjum. Podkreślenia wymaga jednak, że chociaż na gruncie zamówień publicznych obie te formy należy uznać za podobne, to nie można pomijać różnic między spółką cywilną a konsorcjum. Podobieństwo polega na tym, że skoro spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej, a podmiotem praw i obowiązków są jej wspólnicy, są oni traktowani jak wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nie sposób jednak pomijać, że spółka cywilna ma charakter wspólnego prowadzenia działalności, jak bowiem stanowi art. 860 § 1 Kc, przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów, a w wyniku umowy spółki powstaje majątek wspólny wspólników (art. 863 Kc). Kodeks cywilny ustanawia też solidarną odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki (art. 864 Kc), prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki oraz sposób ich wykonywania (art. 865 Kc) sposób reprezentowania spółki (art. 866 Kc) oraz zasady ustalania udziału w zyskach i stratach (art. 867, art. 868 Kc). Spółka może być więc postrzegana – mimo braku podmiotowości prawnej – jako swego rodzaju „jednostka organizacyjna”, będąca formą prowadzenia działalności gospodarczej i realizacji wspólnych celów, charakteryzująca się pewną trwałością i ustalonymi więzami organizacyjnymi, w przeciwieństwie do konsorcjów powoływanych dla realizacji konkretnej umowy, które takimi więzami prawnymi i takim sposobem działania się nie charakteryzują. Niezasadne jest więc twierdzenie, że spółka cywilna jest dokładnie taką samą formą jak konsorcjum i powinna być tak samo oceniana we wszystkich aspektach związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia, z pominięciem charakteru i istoty spółki cywilnej.

Konieczne jest – zdaniem Izby – rozróżnienie postrzegania spółki cywilnej pod względem formalnym, z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych, od oceny zasobów, jakimi wspólnicy w ramach tej spółki dysponują. O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to podkreślenia wymaga aspekt, w jakim podejście takie jest w orzecznictwie prezentowane. Związane jest to z faktem, że oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników, to oni bowiem, a nie spółka, mogą zaciągać zobowiązania. Z tych samych powodów w odniesieniu do każdego ze wspólników, nie zaś spółki, oceniane jest istnienie podstaw do wykluczenia, z czego wynika okoliczność, że wspólnicy odrębnie składają wymagane oświadczenia oraz dokumenty JEDZ.

Czym innym są natomiast kwestie związane z realizacją kontraktów w ramach umowy spółki i nabywanie związanego z tym doświadczenia. W ocenie Izby nośnikiem doświadczenia zdobytego w ramach umowy spółki są niepodzielnie wspólnicy tej spółki. Jeżeli wspólnicy spółki cywilnej w ramach działalności tejże spółki, zgodnie z jej istotą – dążąc do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, zrealizowali określone zadanie, to nie można twierdzić, że w przyszłych postępowaniach

mogą oni powołać się wyłącznie na doświadczenie zdobyte osobiście, z wyłączeniem doświadczenia tego ze współników, który odszedł ze spółki i obecnie nie ubiega się o udzielenie zamówienia. Z punktu widzenia zdobytego doświadczenia to bowiem spółka może być postrzegana jako jego nabywca, gdyż jej wspólnicy łącznie zrealizowali umowę działając w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, przy wykorzystaniu majątku wspólnego, współdziałając przy prowadzeniu spraw spółki.

Zauważenia wymaga również, że w świetle orzecznictwa spółka cywilna może być pracodawcą. Taki pogląd został niejednokrotnie wyrażony przez Sąd Najwyższy (wyrok z 7 listopada 1995 r., I PRN 84/95, wyrok z 10 maja 1996 r., I PRN 63/95, wyrok z 6 lutego 1997 r., I PKN 77/96), a w nowszym orzecznictwie został potwierdzony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lutego 2011 roku (II FSK 838/2010), w którym wskazano, że *artykuł 3 Kodeksu pracy jednoznacznie określa, że pracodawcą mogą być jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Na gruncie tej ustawy to spółka cywilna jako organizacja współników, a nie sami wspólnicy, jest pracodawcą. (...) Dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem spółki cywilnej, a nie jej współników, za pracodawcę jest to, że osoby zatrudnione realizują cel gospodarczy, dla jakiego spółka została utworzona. Tym samym świadczą pracę na rzecz spółki, a nie jej poszczególnych współników. Oznacza to, że wspólnicy spółki cywilnej mogą realizować umowy przez wspólnych pracowników (pracowników spółki), co tym bardziej potwierdza, że wyodrębnienie doświadczenia poszczególnych współników i przypisanie im konkretnych wartości i zakresów wykonanych usług byłoby niecelowe, a nawet niemożliwe.*

W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby dla potrzeb spełniania warunku udziału w postępowaniu każdy z dwóch obecnych współników zobowiązany był „wyodrębnić swoje własne doświadczenie” i tylko na to doświadczenie się powołać.

#### **Art. 117 ust. 4**

### **72. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 159/23**

W świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług



czy osób) umożliwiła Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiedzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Podkreślić przy tym należy, że to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji.

### **73. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1760/23**

Okoliczność, że Przystępujący, który działał jako konsorcjum dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie złożył wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, była bezsporna. Bezsporny był także fakt, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale III pkt 2.3.1 SWZ wskazał cztery usługi, spośród których trzy wykonał Partner Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem), a jedną Lider Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem). Przystępujący posłużył się zatem łącznym potencjałem wykonawców, do czego w świetle SWZ był uprawniony (przy czym okoliczność, czy wskazane usługi spełniały warunek udziału w postępowaniu nie była objęta zakresem zaskarżenia i nie podlegała ocenie Izby).

W tak ustalonym stanie faktycznym, uwzględniając omawiane regulacje, Przystępujący zobowiązany był złożyć wraz z ofertą oświadczenie wymienione w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, tylko złożenie takiego oświadczenia daje Zamawiającemu możliwość weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów. Mając na względzie, iż złożenie takiej deklaracji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wymagane ustawowo, nie można uznać za wystarczające zapewnienia złożonego przez Przystępującego podczas rozprawy, że obaj członkowie konsorcjum zrealizują zamówienie wspólnie. Nie sposób także podzielić stanowiska Przystępującego, jakoby kwestia ta nie miała wpływu na wynik postępowania – jak wskazano powyżej, wyłącznie złożenie takiego oświadczenia daje możliwość weryfikacji, czy zamówienie zostanie wykonane przez wykonawców, którzy posiadają niezbędny potencjał, a nie np. tylko przez jednego z członków konsorcjum, który samodzielnie warunku udziału w postępowaniu nie spełnia.

**Art. 118 ust. 2****74. Wyrok z dnia 2 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1086/23**

W ocenie składu orzekającego Izby pogląd, że art. 118 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie postępowań o udzielenie zamówienia na usługi lub roboty budowlane stanowi zbyt daleko idące uproszczenie. Zgodnie z tym przepisem w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wymóg ustanowiony tym przepisem odnosi się zatem do części przedmiotu zamówienia stanowiących usługi lub roboty budowlane, do wykonania których konieczne jest posiadanie zdolności weryfikowanych określonym warunkiem udziału w postępowaniu (dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia).

**75. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1189/23**

Nie można przy tym zgodzić się z Odwołującym, że zmiana dokonana w JEDZ w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień (tj. zmiana oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego) miała charakter marginalny. Zmiana ta nie ma marginalnego znaczenia, stanowi ona niedopuszczalną zmianę treści oferty, co potwierdza m.in. wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt Sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie* (EU:C:2017:338). Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozszerzony (por. m.in. wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 510/22). Deklaracja Odwołującego o tym, że zamówienie zrealizuje samodzielnie i nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego wiąże go w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O nieprawidłowym rozumieniu przez Odwołującego instytucji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego świadczy również twierdzenie Odwołującego, iż jest on w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, a z doświadczenia podmiotu trzeciego korzysta jedynie w związku z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Izba wskazuje, iż ustalone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu stanowią minimalne poziomy zdolności wymagane od wykonawców, mające gwarantować należyłą realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeśli Odwołujący twierdzi, że jest w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, to powinien wskazać w wykazie usług wyłącznie doświadczenie własne. Jeżeli zaś Odwołujący zamierzał korzystać z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po pierwsze powinien złożyć taką deklarację już na etapie składania ofert, po drugie zaś powinien mieć na uwadze art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy

mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

### **76. Wyrok z dnia 1 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1382/23**

Wykonawca nie udowodnił, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem Wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia. Złożone wraz z wyjaśnieniami dokumenty - umowa handlowa wykonawcy z 30 marca 2023 r., opinia bankowa powinny umożliwić Zamawiającemu zweryfikowanie, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą będzie mógł realnie wykorzystywać wszystkie wymagane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. W ocenie Izby przedstawione przez Wykonawcę w tym celu dokumenty nie spełniły swojej roli. Za ich pomocą wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci przez okres realizacji zamówienia. Z postanowień umowy handlowej, którą Wykonawca zawarł z podmiotem trzecim wynika tylko, że jej przedmiotem jest sprzedaż artykułów budowlanych, znajdujących się w ofercie handlowej Sprzedającego, potrzebnych do realizacji zadania pod nazwą Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły w ramach maksymalnego limitu kredytowego do kwoty 2 mln złotych. Sprzedający zobowiązuje się do stałej realizacji materiałów potrzebnych do realizacji wskazanego powyżej zadania, aż do jego zakończenia przez Kupującego poświadczonego końcowym protokołem odbioru robót. Postanowienia umowy nie stanowią o realnym udostępnieniu zasobów finansowych przez podmiot trzeci - stronę umowy z 30 marca 2023 r.

Wskazać należy, że Wykonawca w wyjaśnieniach z 9 maja 2023 r. przedstawił własną interpretację postanowień umowy, zgodnie z którą podmiot trzeci zobowiązał się dostarczyć wykonawcy materiały budowlane (które wcześniej nabędzie za posiadane przez siebie środki finansowe, które zostały wykazane), a które w ocenie wykonawcy stanowią o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci. Przedmiotem umowy jest tylko sprzedaż artykułów budowlanych, znajdujących się w ofercie handlowej Sprzedającego, potrzebnych do realizacji zadania, a nie nabycie przez Sprzedawcę materiałów budowlanych, a następnie dostarczenie ich wykonawcy, a udzielony kredyt był kredytem kupieckim, udzielonym w związku ze sprzedażą artykułów potrzebnych do wykonania zadania. Kredyt kupiecki, nazwany także handlowym lub towarowym, udzielany jest przedsiębiorcy, który nabywa produkty lub usługi, przez ich sprzedawcę i polega na odroczeniu terminu zapłaty za towar w związku z faktem, iż przedsiębiorca nie jest w stanie zapłacić za zamawiane produkty lub usługi. Decyzja o odroczeniu terminu zapłaty za towar opiera się zazwyczaj na dotychczasowej współpracy między stronami umowy. (...)

Powyższe okoliczności oznaczają, że wykonawca nie udowodnił, że będzie mógł realnie wykorzystać zasoby udostępnione przez podmiot trzeci. W ocenie Izby

o realności udostępnienia przez podmiot trzeci swoich zasobów nie świadczy jedynie renoma tego podmiotu czy też fakt: posiadania przez ten podmiot środków finansowych, ale możliwość realnego wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę przez cały czas wykonywania zamówienia.

#### **Art. 118 ust. 4**

#### **77. Wyrok z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 718/23**

Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, sam fakt, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego pojawia się sformułowanie, że weźmie on udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie jako podwykonawca zakresu robót budowlanych do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby, nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. Nie będzie więc tak, że zaangażowanie podmiotu trzeciego będzie miało charakter ograniczony do bliżej nieokreślonej części robót budowlanych. Tym bardziej, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego referuje art. 65 Kodeksu cywilnego, który nakazuje jego wykładnię w sposób, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Izby na podstawie treści przedłożonego zobowiązania możliwym jest jednoznacznie odczytanie intencji podmiotu trzeciego, który potwierdza, że oddaje do dyspozycji wykonawcy zasoby niezbędne do jego realizacji i zdaniem Izby nie ma podstaw, by odmówić temu zobowiązaniu waloru realności. Z treści zobowiązania wynika bowiem, że w odniesieniu do doświadczenia, na którym polega Przystępujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, podmiot trzeci zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych w następującym zakresie: budowie instalacji fotowoltaicznej, budowie linii kablowej, stacji transformatorowej, a których wskazane zdolności dotyczą.

#### **78. Wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1470/23**

Zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, podmiot trzeci oprócz zakresu dostępnych mu zasobów, powinien określić, czy i w jakim zakresie zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Są to dwa osobne oświadczenia – oświadczenie wiedzy o zakresie posiadanych zasobów i oświadczenie woli wskazujące na zakres robót, które mają być przez podmiot trzeci zrealizowane. Brak oświadczenia w opisanym powyżej zakresie należy tym samym uznać za wadę tak złożonego oświadczenia, gdyż jego treść nie wskazuje na zakres robót, które mają być przez podmiot trzeci zrealizowane.

**Art. 123****79. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 284/23**

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że na gruncie rozpoznawanego sporu wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych podwykonawcy Y, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy X, o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p.

**80. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 281/23, KIO 282/23**

W świetle bowiem art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów (...).

**Art. 127 ust. 2****81. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 112/23**

Sama okoliczność, że Wykonawca nie złożył referencji w tym szczególnym przypadku, gdy prace były realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego (który jest w posiadaniu tych dokumentów), nie może zostać uznana za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Z powyżej przytoczonego artykułu wynika, że w przypadku, gdy oferta została złożona w przetargu organizowanym przez

zamawiającego, dla którego składający ofertę realizował uprzednio zamówienie, sam brak złożenia referencji potwierdzających posiadane doświadczenie nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

### **82. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1523/23**

Ratio legis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp polega na tym, iż obowiązkiem wykonawcy jest wskazać właściwy dokument, który posiada zamawiający z uwagi na domniemanie, iż osoby prowadzące postępowania niekoniecznie posiadają wiedzę o uprzednim wejściu zamawiającego w jego posiadanie. Wówczas koniecznym jest przekazanie zamawiającemu takiej informacji, a także złożenia wyjaśnień co do jego aktualności z uwagi na to, iż z zasady jest to dokument historyczny. (...) Celnie podkreślał na rozprawie Odwołujący, iż art. 127 ust. 2 ustawy Pzp charakteryzuje się generalną i uniwersalną treścią, nie zawiera żadnych wyjątków w zakresie dokumentów, których aktualność potwierdzić może wykonawca. Nie wiąże również aktualności dokumentu z czasem, w którym dokumenty podmiotowych środków dowodowych mają być wystawione. Polegając na racjonalności ustawodawcy domniemywać należy, iż przepis został skonstruowany w ten sposób, by można było zastosować w wielu różnych stanach faktycznych. Jeżeli, jak wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, przepis może być stosowany w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, to tym bardziej można go zastosować w tym samym postępowaniu, w którym ocena podmiotowa wykonawców ma przebieg dwuetapowy. Jeżeli zgodnie z żądaniem Zamawiającego w SWZ, podmiotowe środki dowodowe miały być złożone wraz z wnioskiem, Izba nie widzi przeciwwskazań, by wykonawca po otrzymaniu wezwania po złożeniu ofert, celem sprawdzenia przez Zamawiającego aktualnej sytuacji podmiotowej, mógł powołać się na art. 127 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast Zamawiający uważa, że samo złożenie oświadczenia o aktualności jest niewystarczające i ma ku temu podstawy, które wywodzi z treści samego podmiotowego środka dowodowego lub z innych okoliczności, to w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów takie wątpliwości należy przedstawić. Owszem, Zamawiający nie musi mieć wiedzy, czy w okresie między złożeniem wniosku a oferty i wyborem najkorzystniejszej oferty, w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeżeli zachodzi konieczność weryfikacji wiarygodności podmiotowej wykonawcy, to Zamawiający zobowiązany jest posiadane wątpliwości opisać.

#### **Art. 128 ust. 1**

### **83. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1521/23**

(...) sytuacja, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku, również objęta jest dyspozycją art. 128 ust. 1 Pzp. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełnienia warunku należy uznać

za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu ww. przepisu. (...) Dostrzeżenia wymaga, iż zastosowanie tego trybu jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub, albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (...). Jednocześnie zmiany dokonane przez wykonawcę w tym zakresie nie stanowią niedozwolonej zmiany treści oferty. Ponadto, w ocenie Izby, wobec braku wezwania, przedwczesne jest stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. (...) Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany.

#### **84. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1722/23**

Celem przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom naprawienie błędów. A zatem zamawiający w treści wezwania obowiązany jest wskazać okoliczności, które w jego ocenie powodują konieczność zastosowania trybu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca musi wiedzieć, gdzie zamawiający upatruje błąd aby móc go przy poprawieniu dokumentów naprawić. Wykonawca nie powinien domyślać się z jakich powodów zamawiający nie uznał złożonego dokumentu jako prawidłowy. Powyższe ma na celu umożliwienie wykonawcy prawidłowe ustosunkowanie się do żądania zamawiającego w tym zakresie i pozwolić na uzupełnienie/poprawienie dokumentu. W przedmiotowej sprawie sam Zamawiający jako gospodarz postępowania nie zauważył, że błąd nie dotyczy braku podpisu drugiego członka zarządu, tylko złożenia pełnomocnictwa w niewłaściwej formie. Izba co do zasady zgadza się z Odwołującym, że wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być dokonywane tylko raz. Jednak Odwołujący pominął istotną kwestię - tylko raz ale w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego dokumentu. W wezwaniu zamawiający jako nieprawidłowość wskazał brak podpisu drugiego członka zarządu (nota bene tego który akurat podpis złożył prawidłowy), a nie niewłaściwą formę pełnomocnictwa. Zamawiający błędnie wskazał nieprawidłowości, a także formę ich usunięcia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem nieprawidłowego wezwania.

#### **Art. 128 ust. 4**

#### **85. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1657/23**

Izba uznała także za nieuzasadniony i nieudowodniony zarzut opierający się na twierdzeniu, że z podmiotowych środków dowodowych uzupełnionych przez

Przystępującego nie wynika jednoznaczne potwierdzenie, że doświadczenie podmiotu trzeciego X odpowiada warunkom udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający powinien był przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające, a Przystępujący wykazać stosownymi dowodami, że podmiot trzeci zrealizował w konsorcjum część zamówienia z pkt 2 i 3 wykazu robót odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu (...).

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt: *„gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt: bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”* Wyrazem powyższego orzeczenia jest par. 9 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020, poz. 2415 z późn. zm.), który stanowi: *„3. Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.”* Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obligatoryjnego obowiązku badania zakresu zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum, w którym wykonawca powołujący się na to doświadczenie bezpośrednio



uczestniczył, a tym bardziej aby ten wykonany zakres wypełniał idealnie warunki udziału w postępowaniu (w tym przypadku co do kubatury budynku, powierzchni użytkowej i wartości robót), na potrzeby spełnienia których wykonawca wykazuje doświadczenie zdobyte w konsorcjum. Ustawodawca nakazuje jedynie, aby taki wykonawca wskazał w wykazie robót te roboty, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 565/21, KIO 585/21: *„Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) prawodawca dał wyraz temu, jakie rozumienie wyroku ESAPROJEKT ma być obowiązujące, wynikiem czego w przepisie § 9 ust. 3 rozporządzenia wskazał, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum odnośnie takich robót budowlanych, usług czy dostaw „w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył”. Prawodawca wyjaśnił, że jego zamiarem jest, aby wykonawcy mogli powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach dostaw, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczyli.”* Obowiązek weryfikacji tego uczestnictwa poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień zmaterializuje się więc wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający miałby uzasadnione wątpliwości co do bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w robotach wskazanych przez niego w wykazie robót, które wykonywał wspólnie z innym wykonawcą. Jakkolwiek zatem kwestia bezpośredniego, a nie wyłącznie formalnego nabycia doświadczenia przez wykonawcę, który realizował zamówienie w konsorcjum ma istotne znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę występującego samodzielnie to jednak nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, iż sam fakt: wskazania w wykazie robót doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum powoduje konieczność każdorazowego wyjaśnienia udziału wykonawcy (w tym przypadku podmiotu trzeciego) w realizacji takiego zamówienia, skoro ustawodawca nie kreuje takiego obowiązku. W konsekwencji, Zamawiający będzie zobowiązany skierować wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp wyłącznie w sytuacji, gdy udział ten będzie budził jego wątpliwości. Wobec powyższego to Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenie Przystępującego w wykazie robót nie znajduje odbicia w rzeczywistości i że podmiot X bezpośrednio nie uczestniczył w wykonaniu zamówienia z poz. 2 i 3 uzupełnionego wykazu robót, a któremu to obowiązkowi Odwołujący nie podołał. Okoliczność taka nie została nawet uprawdopodobniona. Izba zauważa, że Przystępujący w wykazie robót wskazał realizację, w której wykonaniu bezpośrednio uczestniczył podmiot X i zazaczył, że realizacja z poz. 2 i 3 była wykonywana w ramach Konsorcjum. Ponadto, pomimo że z referencji składanych w toku postępowania ma wynikać przede wszystkim należyta realizacja zamówienia podanego w wykazie robót zgodnie z treścią par. 9 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia to w przedłożonych referencjach wskazano dodatkowo na wspólną realizację całego zamówienia z poz. 2 i 3 wykazu przez

członków Konsorcjum. (...) Złożone przez Przystępującego dowody: umowy konsorcjum, protokół odbioru końcowego, zestawienia wystawionych faktur dla realizacji z pkt 3 wykazu robót jedynie dodatkowo potwierdzają, że X bezpośrednio uczestniczyło w realizacji referencyjnych inwestycji, przy czym dowód: zestawienie faktur ukazuje, że udział ten był znaczący biorąc pod uwagę wartość wszystkich wystawionych faktur.

Konkludując, wystarczającym dla stwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu było wskazanie w wykazie robót na realizację, w których X bezpośrednio uczestniczyło. Odwołujący nie podważył skutecznie złożonego oświadczenia, poprzez wykazanie okoliczności przeciwnej. Wbrew jego twierdzeniom referencje nie miały ogólnego charakteru i ponad wymagania wynikające z ww. Rozporządzenia wskazywały na wspólną realizację obu inwestycji przez Członków Konsorcjum, co dodatkowo zostało potwierdzone oświadczeniem Partnera, a w postępowaniu odwoławczym wykazane stosownymi dowodami przez Przystępującego.

### **86. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1770/23**

Należy wskazać, że z brzmienia art. 128 ust. 4 Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z uprawnienia wynikającego z tego przepisu, gdy treść złożonego przez wykonawcę dokumentu wymienionego (bądź dokumentów wymienionych) w tym przepisie jest niejasna, gdyż wyjaśniane może być tylko to, co jest niejasne. Niejasność ta musi być konkretna, przy czym może ona wynikać zarówno z treści jednego dokumentu złożonego przez wykonawcę (na przykład gdy jego treść jest niespójna), jak i z treści różnych dokumentów złożonych przez wykonawcę. Nie może ulegać wątpliwości, że przepis ten ma służyć wyłącznie wyjaśnieniu treści wymienionych w nim dokumentów złożonych przez wykonawcę, natomiast nie może prowadzić do uzupełniania dokumentów, które wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o dokument bądź dokumenty, których wykonawca nie złożył na wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

W odwołaniu nie wskazano, jaka konkretnie niejasność czy jakie konkretnie niejasności wynikały z treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r. ani z treści jakiego dokumentu czy dokumentów niejasność(ci) ta(e) wynikała(y), ograniczając się do stwierdzenia, że „w ślad za dalszymi dokumentami przedłożonymi przez Wykonawcę, Zamawiający winien wystąpić o wyjaśnienie w zakresie całokształtu przedłożonych dokumentów w zakresie spełnienia warunków podmiotowych przez Wykonawcę”.

W tym stanie rzeczy nie sposób było uznać, że Zamawiający uprawniony był na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp żądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w dniach od 17 maja do 23 maja 2023 r. i 2 czerwca 2023 r., a tym bardziej, że był tym przepisem do takiej czynności zobowiązany.

**Art. 134 ust. 1 pkt 20****87. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23**

Niewątpliwym jest, że Zamawiający zobowiązany jest poinformować Wykonawców o warunkach przyszłej umowy, jaka zostanie zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Obowiązek ten dotyczy więc przekazania Wykonawcom projektowanych postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do przyszłej umowy lub też projektu tej umowy. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający załączył do SWZ Projekt umowy, którego §15 ust. 2 pkt 14 lit. kk (błędnie oznaczona w odwołaniu jako „mm”) zakwestionował Odwołujący. Treść ta dotyczy kar umownych.

Kara umowna przysługuje stronie umowy w razie naruszenia zobowiązania przez drugą stronę. Umowa musi zatem przewidywać tytuł do naliczenia kary umownej a więc wskazywać naruszenie polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wobec powyższego tak ważne jest określenie naruszenia, które stanowi podstawę naliczenia kar umownych. Naruszenie to powinno być jasno i precyzyjnie opisane. Postanowienia umowne, które wiążą się z dotkliwymi dla Wykonawcy konsekwencjami nie mogą być zbyt ogólne lecz powinny być jasno i precyzyjnie sformułowane. Wykonawca powinien bowiem wiedzieć jakie uchybienia mogą skutkować taką karą. A w tym stanie faktycznym tak nie jest. Kwestionowane postanowienie daje pole do bardzo szerokiej interpretacji i nakładania kar umownych z nieznanymi Wykonawcy powodów. Utrudnia to Wykonawcom także prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, gdyż – jak słusznie podniósł Odwołujący – dotyczy to ryzyk kontraktowych, gdzie Wykonawcy nie mogą domyślać się czy określone zapisy będą się kwalifikowały jako obowiązki Wykonawcy.

**Art. 135 ust. 1****88. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 720/23**

Obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zapoznanie się z dokumentami zamówienia i przygotowanie oferty, która uwzględniać będzie wymagania z nich wynikające. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego założeń, w szczególności prawidłowości opisu pozycji 15 przedmiaru robót, to powinien był zasygnalizować to Zamawiającemu na odpowiednim etapie – zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia przed upływem terminu składania ofert lub skorzystać z prawa do wniesienia odwołania wobec treści dokumentów zamówienia, jeśli ich treść była w jego ocenie niejednoznaczna czy błędna. W orzecznictwie podkreśla się, iż wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji nie jest jednoznaczna, wprowadza w błąd, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

Pzp) powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, co do zasady traci możliwość powoływania się na te okoliczności jako przemawiające na jego korzyść (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2266/21).

### **Art. 138 ust. 2**

#### **89. Wyrok z dnia 14 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1844/23**

Zdaniem Izby powyższe okoliczności świadczą o tym, że w sprawie zaistniał stan pilnej konieczności, a skrócenie terminu składania ofert przez Zamawiającego było uzasadnione. Po pierwsze bowiem Zamawiający chciał mieć zapewnioną ciągłość świadczenia usługi. Biorąc pod uwagę długie czasy trwania postępowań powyżej progów unijnych, ogłoszenie postępowania w dniu 19 czerwca 2023 r. stwarzało realne ryzyko braku jego rozstrzygnięcia do momentu upływu terminu wskazanego w aneksie do umowy z wolnej ręki. Tytułem przykładu należy wskazać, że uprzednio rozstrzygnięte postępowanie, w częściach które nie zostały unieważnione, ogłoszone zostało w dniu 19 września 2022 r., a umowy zostały podpisane odpowiednio 16 grudnia 2022 r. dla sektora 1 oraz 30 grudnia 2022 r. dla sektora 2. Liczba dni pomiędzy ogłoszeniem postępowania, a jego rozstrzygnięciem wynosiła odpowiednio 88 oraz 102 dni.

Po drugie Zamawiający wykazując dbałość o gospodarne wydatkowanie środków dążył do tego, by wyłonienie wykonawcy miało miejsce w drodze przetargu otwartego. Zdaniem Izby powyższą okoliczność również należy traktować w kategorii uzasadnionego interesu, którego ochronie służy skrócenie terminu składania ofert. Dalej wskazać należy, że określając termin składania ofert (w tym również termin skrócony) zamawiający powinien mieć również na względzie to, by potencjalni wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia mogli w tym czasie przygotować i złożyć ważną ofertę. Zamawiający powinien więc kierować się warunkami konkretnego postępowania, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia, jego złożonością i skalą, przy uwzględnieniu interesów, których ochrona ma zostać zapewniona przez skrócenie terminu.

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że w ramach poprzednio opublikowanych postępowań dla sektora 3, jedynym oferentem był Odwołujący. Powyższe świadczy o tym, że doskonale znał on przedmiot zamówienia i był stale zainteresowany jego uzyskaniem. Co więcej, obecnie świadczy on usługi odbioru odpadów na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki. Oczywiście skrócenie terminu składania ofert nie może być nadużywane, gdyż może wpłynąć na konkurencję w postępowaniu. Jednakże w niniejszej sprawie uzasadniony jest wniosek, iż procedura przyspieszona nie wpłynęła na stan konkurencji, gdyż Odwołujący konsekwentnie był jedynym oferentem zainteresowanym uzyskaniem

zamówienia w ramach sektora 3. Co więcej, Odwołujący złożył ofertę pomimo skróconego terminu składania ofert, co stoi w sprzeczności z wnioskami prezentowanymi w odwołaniu, iż skrócenie terminu na złożenie oferty utrudni dostęp do zamówienia. Takiemu zapatrywaniu przeczy stan faktyczny, co pozwala przyjąć, iż nawet ewentualne naruszenie przepisu przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

### **Art. 223 ust. 1**

#### **90. Wyrok z dnia 27 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1030/23**

W niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego nie budziła wątpliwości. Od początku nie zawierała wymaganych danych i oświadczeń; była niepełna, bowiem jedna tabela zasłoniła drugą. Jak wyjaśnił Zamawiający, to właśnie z tego powodu dokonano odrzucenia oferty bez przeprowadzenia procedury wyjaśnienia zaofertowanej przez Odwołującego ceny oferty.

Zgodnie z art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Danych, na jakie powołuje się Odwołujący, Zamawiający nie otrzymał w chwili złożenia oferty. Zatem nie było podstaw do prowadzenia wyjaśnień treści oferty.

Skoro oferta Odwołującego nie budziła wątpliwości Zamawiającego, nie istniała podstawa do żądania od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących jej treści. Uzupełnianie tabeli treścią, której od początku nie było, stanowiłoby negocjacje pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym oraz naruszało powyżej zacytowaną zasadę równego traktowania wykonawców (art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych).

#### **91. Wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1463/23, KIO 1478/23**

O ile generalnie, w ocenie składu orzekającego, nie ma przeszkód, aby wyjaśniać treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (wyjaśnienia treści oferty są częścią szeroko rozumianej oferty), to wyjaśniać można informacje, które są podane, ale są niejasne, czy budzą wątpliwości. Jeżeli informacji na określony temat nie ma, dopytywanie wykonawcy w tym zakresie nie byłoby wyjaśnianiem, ale uzupełnianiem informacji, i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Prawa zamówień publicznych).

**Art. 223 ust. 2****92. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 691/23**

Co istotne, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) przepis powyższy został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Omawiana regulacja ma na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warto również zaznaczyć, że zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią swz, powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią swz i związaniu jej postanowieniami. Możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogów swz. Warunkiem poprawienia omyłki jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Ocenie podlega również wpływ dokonanych zmian na wartość oferty.

**Art. 223 ust. 2 pkt 1****93. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1755/23**

Zdaniem Izby, okoliczności które zaistniały na tle rozpatrywanego stanu faktycznego, uzasadniają zastosowanie przez Zamawiającego procedury poprawy omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. W związku z powyższym, czynność odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, była nieprawidłowa. (...)

Zamawiający opisując powody odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazuje tak naprawdę na czym polegają błędne założenia Odwołującego i wywodzi obowiązek odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP tylko i wyłącznie z tego względu, iż jego zdaniem, błąd popełniony przez Odwołującego nie da się zakwalifikować do poprawy jako oczywista omyłka, a więc powinien być potraktowany jako błąd w obliczeniu ceny. Tymczasem, zdaniem Izby, błąd popełniony przez Odwołującego w formularzu cenowym da się poprawić, a Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi by takiej czynności dokonać. Już na pierwszy rzut oka widać, że błąd został popełniony w kolumnie E lub F

bowiem w obu z nich wpisana jest identyczna kwota. Nie można jednak pomijać pozostałych danych, które znajdują się w treści formularza cenowego i umożliwiają dojście do jednoznacznego wniosku, że kwota w kolumnie F jest prawidłowa, a kwota w kolumnie E została wpisana omyłkowo. (...)

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, jedyny możliwy do wyciągnięcia wniosek jest taki, że kwota wskazana przez Odwołującego w kolumnie F jest prawidłowa, a błąd nastąpił przy wpisywaniu kwoty w kolumnie E – tj. ceny jednostkowej za realizację demontażu, montażu i utylizacji jednej sztuki opraw. Ustalenie powyższego możliwe jest bez ingerencji wykonawcy – przy wykorzystaniu danych znajdujących się w treści formularza cenowego załączonego do oferty. (...)

Skoro zatem nie ma wątpliwości co do tego, gdzie została popełniona omyłka, należy przeanalizować możliwość i sposób jej poprawienia. W niniejszej sprawie nie ma innej możliwości niż zaistniała omyłkę poprawić poprzez wpisanie w kolumnie E kwoty wynikającej z ilorazu kwoty wpisanej w kolumnie F z liczbą wpisaną w kolumnie D. Liczba opraw wskazana w kolumnie D jest bowiem stała.

Zdaniem Izby podstawą prawną takiego działania powinien być art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Omyłka popełniona przez Odwołującego nie ma bowiem charakteru rachunkowego – Odwołujący nie poczynił błędnych działań matematycznych, a po prostu błędnie wpisał w kolumnie E kwotę za realizację całej pozycji 12. Działania matematyczne zostały przez Odwołującego wykonane prawidłowo. Dalej Izba pragnie wskazać, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 ustawy PZP (odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 ustawy PZP) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. (...) W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) (vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co również istotne, wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (§ 4 wzoru umowy). Wykonawca za realizację przedmiotu umowy wystawi jedną fakturę VAT (§ 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy). Wiążąca dla wykonawcy jest zatem cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym poszczególne elementy

składające się na cenę oferty mają znaczenie informacyjne. Tym bardziej omyłka popełniona przez Odwołującego nie ma żadnego znaczenia w kontekście jego oświadczenia woli, jakim jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w formularzu ofertowym, która to cena odpowiada również tej wpisanej w formularzu cenowym.

### **Art. 223 ust. 2 pkt 2**

#### **94. Wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1880/23**

Dokonując analizy treści formularza ofertowego – Rozdziału VIII oraz Rozdziału IX – należało dojść do wniosku, że Odwołujący podając cenę całkowitą oferty (w Rozdziale VIII) omyłkowo nie zsumował wszystkich składowych ceny. Tego rodzaju sytuacja podlega kwalifikacji jako oczywista omyłka rachunkowa, a nie błąd w obliczeniu ceny. Z błędem w obliczeniu ceny mielibyśmy do czynienia w sytuacji, w której Odwołujący nie wyceniłby wszystkich elementów zamówienia. Natomiast w niniejszej sprawie wszystkie elementy zamówienia zostały wycenione (elementy składowe ceny podane w Rozdziale IX formularza ofertowego), lecz nie zostały poprawnie zsumowane w Rozdziale VIII formularza ofertowego. Jest to oczywiste, skoro w Rozdziale VIII jako cena całkowita została podana tylko jedna cena składowa brutto (za dostawę i montaż paneli fotowoltaicznych), a pominięto drugą cenę składową (za opracowanie dokumentacji projektowej). Sytuacja, że cena całkowita oferty została podana prawidłowa, natomiast nieprawidłowe są ceny składowe (lub jedna z nich) jest tak mało prawdopodobna, że należy ją odrzucić. Formularz ofertowy został skonstruowany w ten sposób, że w Rozdziale VIII wykonawcy mieli podać cenę całkowitą, a w Rozdziale IX ceny składowe (ceny netto oraz wartości podatku VAT), których suma miała dawać wartość podaną w Rozdziale VIII. Dokonując obliczenia ceny całkowitej, na którą składają się ceny cząstkowe za poszczególne części przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności dokonuje się ustalenia cen cząstkowych, które następnie sumuje – a nie na odwrót. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wskazują, że Odwołujący podając cenę całkowitą oferty omyłkowo nie zsumował jej wszystkich elementów składowych, lecz jedynie elementy składowe za główny element przedmiot zamówienia (cenę netto i wartość podatku VAT). W orzecznictwie Izby jako oczywistą omyłkę rachunkową rozumie się dokonanie błędnego działania rachunkowego. Za takie należy uznać pominięcie niektórych elementów przy dokonywaniu działania sumowania. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Odwołujący zsumował cenę netto oraz wartość podatku VAT za dostawę i montaż paneli fotowoltaicznych, a pominął cenę netto oraz wartość podatku VAT za opracowanie dokumentacji projektowej. Oczywisty charakter omyłki potwierdza również treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w którym sam Zamawiający wskazał na okoliczność braku doliczenia ceny za opracowanie dokumentacji projektowej przy obliczeniu ceny całkowitej oferty.



(...) Zamawiający był więc obowiązany do poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprawienia ceny całkowitej oferty poprzez dodanie do niej ceny netto za opracowanie dokumentacji projektowej oraz wartość podatku VAT z tego tytułu. Kwoty te zostały podane w formularzu ofertowym. Bez znaczenia jest zatem okoliczność, że zgodnie ze wzorem formularza ofertowego nie została w nim podana cena brutto za opracowanie dokumentacji projektowej.

### **Art. 223 ust. 2 pkt 3**

#### **95. Wyrok z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 136/23**

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający był uprawniony do poprawienia oferty wykonawcy poprzez usunięcie trzech spornych pozycji kosztorysowych ujętych w kosztorysie robót odnoszących się do instalacji niskoprądowej. Przede wszystkim sporna niezgodność dotyczyła dokumentów zamówienia. Ponadto usunięcie tych trzech pozycji – jednoznacznie wyodrębnionych w kosztorysie – nie wymagało żadnych uzgodnień z wykonawcą. Nie powodowało też *istotnych zmian w treści oferty*. (...) Poprawienie omyłki w opisany powyżej sposób nie doprowadziłoby do zmiany kolejności w rankingu ofert (druga w kolejności oferta z ceną 1.867 197,92 zł) omyłka jest łatwa do wychwycenia z punktu widzenia Zamawiającego i nie doprowadziłaby do istotnej zmiany świadczenia oferowanego przez Odwołującego, ponieważ dotyczyłaby zaledwie 3 pozycji z kilkuset, jakie zostały ujęte w kosztorysach ofertowych.

W konkluzji Izba stwierdza, że niezgodności treści oświadczenia woli z dokumentami wyrażonego w ofercie, w tym przypadku wyjaśnieniami (choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy opracowaniu oferty wywołanej brakiem zapytania) także wymagają od zamawiającego rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Granicą jego zastosowania jest bowiem istotna zmiana treści oferty, o czym niewątpliwie każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności na ile taka zmiana stanowi wytworzenie całkowicie odmiennego oświadczenia od złożonego przez wykonawcę w ofercie. O istotności takiej może także decydować skala zmiany w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia m.in. co do wielkości ceny. W tej sprawie zmiana jest zmianą marginalną w stosunku do ceny ofertowej. Omyłka to 0,3% ceny ofertowej nie wpływająca na ranking niepodlegających odrzuceniu ofert.

#### **96. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 738/23**

Pismem z 3 marca 2023 r., Odwołujący zwrócił się od Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp „z wnioskiem o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w treści formularza oferty, która polega na tym, że w wierszu nr 1 w pozycji „cena brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa

w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (nie może być niższa niż 38,00 zł. brutto)“ Wykonawca wskutek błędnego kopiowania danych z arkusza Excel do formularza oferty wprowadził wartość 37,99 zł. zamiast prawidłowej wartości 38,00 zł.” (...) Dla Odwołującego oczywistym jest, że „skoro Zamawiający jednoznacznie napisał w punkcie 1 tabeli „lista pozycji” 38 zł a wykonawca zaoferował 37,99 zł to wiadomo, że jego intencją było zaofierowanie ceny minimalnej” (vide protokół posiedzenia i rozprawy z 28 marca 2023 r.). Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Słusznie Zamawiający podniósł, że po pierwsze, nie wszyscy wykonawcy zaofierowali w pomawianej pozycji ceny na minimalnym poziomie 38 zł brutto. Po drugie, omyłka popełniona przez Odwołującego mogła polegać na tym, że zamiast 37,99 zł brutto mógł chcieć zaofierować cenę 38,99 zł brutto albo 39,99 zł brutto. Nie ma zatem potencjalnie tylko jednego sposobu poprawienia zaofierowanej ceny. Wreszcie, aby ustalić ewentualny sposób poprawienia tej pozycji formularza ofertowego nie tylko niezbędny byłby udział Odwołującego, ale przede wszystkim konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty o nową treść, niewskazaną pierwotnie w złożonej ofercie. Oznacza to niedopuszczalność takiej zmiany, czym innym jest bowiem wyjaśnienie treści oferty, a czym innym jej uzupełnienie. Choć przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp służy co do zasady przywróceniu zgodności treści oferty z warunkami zamówienia to granicą jest „istotność” takiej zmiany. W okolicznościach tej sprawy poprawienie oferty Odwołującego jest niedopuszczalne, bo zmiana miałaby charakter istotny, a ponadto doszłoby do nieuprawnionych negocjacji treści oferty po terminie otwarcia ofert, ponieważ na podstawie samej treści oferty nie sposób ustalić jaka prawidłowa inna wartość niż podana przez Odwołującego w spornej pozycji, jest prawidłowa.

### **97. Wyrok z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 838/23**

(...) skład orzekający uznał za uprawnione działanie zamawiającego polegające na poprawieniu składnika cenotwórczego w ofercie przystępującego mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego stanowiące wytyczną postępowania w analogicznych do niniejszego stanach faktycznych. Jak stwierdził Sąd błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, a do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT (uchwały SN z 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz 53/11). Jednocześnie podkreślić należy za stanowiskiem SN, wskazanym w ww. uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SIWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny, może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w SIWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał staw-

kę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty.

Skład orzekający uznaje, że w sprawie rozpatrywanej zamawiający określił wymaganą stawkę podatku od towarów i usług powinna zostać zastosowana przy kalkulacji przedmiotu zamówienia, w wysokości 8%. Wynika to z udzielonego wykonawcom wyjaśnienia treści SWZ z dnia 23 marca 2023 r., w którym zamawiający odpowiadając na pytanie nr 3 wyjaśnił, jaką stawkę przyjął do kalkulacji wartości zamówienia.

### **98. Wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 839/23, KIO 864/23**

Odwołujący 1 sam wskazuje na całkowicie odmienne rozumienie zapisów SWZ co do tego, od jakiej kwoty należy obliczyć wartość prac projektowych. W postępowaniu przedłożył Formularz cenowy, w treści którego przyjął i wskazał określoną kwotę, jaką deklaruje za wykonanie poszczególnych zakresów, przy tym nie ulega wątpliwości, gdyż na tym skupiała się argumentacja odwołującego 1, że podany procentowy udział prac projektowych i nadzorów autorskich w zadaniach: Budowy Centrum i Budowy Łącznika wynosić miał 4,99 % wartości całego zamówienia. Jednocześnie stwierdza, że w przypadku innego rozumienia wskazywanych przez niego zapisów SWZ - zamawiający powinien dokonać poprawy w Formularzu cenowym i Formularzu oferty w taki sposób, że powinien przyjąć i wyliczyć wartość 5% za prace projektowe i nadzory, wyliczając powyższe od wartości robót budowlanych. (...) W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki na podstawie złożonych dokumentów, gdyż na etapie oceny ofert nie znał sposobu w jaki Konsorcjum X skalkulowało cenę za wykonanie dokumentacji projektowej i nadzory, a także ustalenia od jakiej wartości pozycja ta została wyliczona. Wiedział jedynie, że przyjęta wartość procentowa za prace projektowe i nadzory wynosić miała, zgodnie z deklaracją zawartą w Formularzu cenowym - 4,99 %.

Ponadto, zgodnie z treścią SWZ, zamawiający dopuścił, aby wartość prac projektowych mieściła się w określonym przedziale tj. była mniejsza lub równa 5 %. Nie można zatem poprawić treści oferty odwołującego 1, gdyż zamawiający w treści dokumentów zamówienia nie ustanowił w tym zakresie jednej, konkretnej wartości, np. na poziomie 5 %, ale dopuścił wiele możliwych rozwiązań. A zatem dokonanie przez zamawiającego poprawy oferty w tym przypadku, na podstawie wyżej wskazanego przepisu, wynikałoby wyłącznie z arbitralnej decyzji zamawiającego i przyjęcia nie dość, że określonej wartości dla tego elementu ceny oferty na poziomie 5 %, a dodatkowo wbrew intencji tego wykonawcy, wyliczenia powyższej wartości nie od całkowitego wynagrodzenia brutto, ale od wartości robót budowlanych. Tymczasem instytucja poprawy omyłki może znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, w jaki sposób ją poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów (tak w wyroku

z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 950/21). Skoro w postanowieniach SWZ nie przewidziano określonej wartości, jak miała być przyjęta przez wykonawców w zakresie wyliczenia wartości dokumentacji projektowej i nadzorów, w ocenie Izby, zamawiający nie miał możliwości poprawiania omyłki bez udziału wykonawcy.

Przypomnieć w tym miejscu należy także, że zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem, poprawy omyłki jako innej można dokonać wyłącznie w sytuacji, gdy to w jaki sposób taka omyłka może zostać poprawiona wynika z innych elementów składających się na ofertę. Jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21: zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji) jak takiej poprawy należy dokonać. W innym orzeczeniu, Izba zwróciła uwagę, że poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Skład orzekający zwrócił także uwagę, że konieczność poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, dotyczących treści złożonej oferty. Z ww. powodów w orzecznictwie Izby, wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty (tak w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3458/22). Izba wywodzi powyższe w pełni podziela, zwracając uwagę, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie dość, że nigdzie w treści złożonej przez Konsorcjum X oferty nie sposób jest odnaleźć takich jednoznacznych stwierdzeń czy oświadczeń, jaka miałyby być wartość prac projektowych w stosunku do wartości robót wskazanych w wierszach 1.1 i 2.1 tabeli z Formularza cenowego, to wykonawca ten formułuje w tym zakresie własne rozumienie zapisów SWZ przyznając, że wartość prac projektowych i nadzorów wyliczył od całkowitej wartości zamówienia.

### **99. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1046/23**

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że treść SWZ – Formularza cenowego była niejednoznaczna. Nieprecyzyjność w opisie poszczególnych Tabel spowodowała różną ich interpretację przez poszczególnych wykonawców. (...)

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i posiada wiedzę, jaka była jego intencja przy tworzeniu Formularza cenowego, jednak nie znalazło to odzwierciedlenia w treści SWZ. W konsekwencji Wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za niejednoznaczność przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (m.in. KIO 1419/22, KIO 3787/21, KIO 2249/22) wszelkie niejasności SWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy. Jak wynika z powołanych orzeczeń niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. (...)

Zauważenia wymaga, że poprawa innej omyłki jest możliwa wyłącznie w sytuacji, gdy treść dokumentów zamówienia jest jednoznaczna i precyzyjna, a wykonawca w wyniku omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, nie zastosował się do klarownego brzmienia SWZ. Inaczej mówiąc, skoro Zamawiający dopuścił do możliwości różnej interpretacji SWZ, to nie był uprawniony zastosować dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec części wykonawców.

#### **100. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1508/23**

Zaznaczenia wymaga, że poprawa omyłki w trybie ww. przepisu stanowi wyjątek od zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, która wynika z art. 223 ust. 1 Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt. 1 Pzp. W związku z tym taka poprawa winna być dokonywana jedynie wówczas, gdy wystąpią przesłanki określone w tym przepisie, tj., gdy w ofercie wystąpiła omyłka, co oznacza, że stwierdzona przez zamawiającego niezgodność oferty z dokumentami zamówienia nie ma charakteru celowego działania wykonawcy, czyli świadomego złożenia oświadczenia woli określonej treści, a jej poprawa przez zamawiającego nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, przy czym zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić wynikającą z postanowień SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Zamawiający winien zatem być w stanie poprawić taką omyłkę przede wszystkim w oparciu o informacje zawarte w ofercie, a w określonych sytuacjach i z zastrzeżeniem, iż nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą, z uwzględnieniem wyjaśnień jej treści przez wykonawcę, złożonych na jego wystąpienie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

#### **101. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1709/23**

Zamawiający w SWZ w rozdziale 16 Sposób obliczenia ceny, pkt 4 Cena oferty brutto (cena wykonania zamówienia) podał, że cena całkowita oferty brutto powinna być podana w złotych polskich, do dwóch miejsc po przecinku. Oznacza

to, że cena oferty powinna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych, które to, w przypadku PLN dzielą się na złotówki i grosze. Tym samym ceny powinny zostać podane do dwóch miejsc po przecinku. Tymczasem Odwołujący cenę jednostkową brutto dla wydruków monochromatycznych i wydruków kolorowych w formularzu podał do czterech miejsc po przecinku, tj. odpowiednio „0,0246” i „0,1230”. Wobec powyższego, a więc w sytuacji, gdy ceny jednostkowe netto zostały podane do czterech miejsc po przecinku, Zamawiający może i powinien zweryfikować, czy poprawienie zaistniałych omyłek polegające na zaokrągleniu cen do dwóch miejsc po przecinku a następnie przeliczenie ceny na podstawie zaokrąglonych cen jednostkowych nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (np. nie wpłynie na pozycje wykonawcy w rankingu ofert) i jeśli taka poprawka wprowadzi niewielką różnicę cenową, która nie ma wpływu np. na pozycję wykonawcy, to Zamawiający powinien dokonać poprawienia cen jednostkowych poprzez ich zaokrąglenie do dwóch miejsc po przecinku. I w tym przypadku tak też było. Poprawienie cen jednostkowych dokonane przez Zamawiającego nie ma wpływu na ranking wykonawców, a co więcej różnica cenowa nie jest istotna. Mimo, że Zamawiający nie napisał wprost w SWZ, iż ceny jednostkowe brutto, mają zostać także podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku a więc w złotych i w groszach, to należy przyjąć, iż de facto wymagał w SWZ podania ceny w ten sposób, jako zgodnej z odrębnymi przepisami. Dlatego też omyłka polegająca na podaniu ceny jednostkowej brutto do czterech miejsc po przecinku może zostać sprostowana i zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku. Należy tego dokonać w ten sposób, że należy zaokrąglić liczby z dokładnością do określonego rzędu, należy zwrócić uwagę przy tym na cyfrę z rzędu o 1 niższego. Jeśli tą cyfrą jest 0, 1, 2, 3 lub 4, to należy zaokrąglić w dół, jeśli jest 5, 6, 7, 8 lub 9 – to w górę. Dane liczby zaokrągla się bowiem do pełnych dziesiątek. Zaokrąglając liczbę patrzymy na cyfrę, która stoi po jej prawej stronie. Tymczasem Zamawiający, jak słusznie wskazał Odwołujący, dokonał tego w całkowicie dowolny sposób. W pozycji 4 kol. 3 w miejsce „0,0246” wpisano bowiem „0,03”, zamiast prawidłowo „0,02”, natomiast w pozycji 5 kol. 3 w miejsce „0,1230” wpisano prawidłowo „0,12”. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

### **102. Wyrok z dnia 14 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1873/23**

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich

zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. (...)

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

#### **Art. 224 ust. 1**

#### **103. Wyrok z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 370/23**

Izba zwróciła szczególną uwagę na to, że wynagrodzenie przewidziane w ramach przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a zatem stały. (...) Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem, co do zasady, ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Tym samym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. Wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia, oferował kompleksowe wykonanie określonej w SWZ usługi. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części.

#### **104. Wyrok z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1141/23**

W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę – czyli wywiązania się z obowiązku udowodnienia, że zaofferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie

z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów – zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprą jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego – w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania.

### **105. Wyrok z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1173/23**

Przepis art. 90 ust. 1 starej ustawy, czy przepis art. 224 ust. 1 obecnej ustawy nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania realności ceny ofertowej w zależności od wybranego sposobu kalkulacji tej ceny. Również cena ryczałtowa powinna być ceną realną, należycie skalkulowaną, zapewniającą pokrycie kosztów świadczenia usługi i zapewniającą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie wchodząc już nawet na grunt przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to prawo zamówień publicznych ma służyć przede wszystkim efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych w celu zaspokojenia potrzeb obywateli, tym samym zamawiający przyjmując ceny budzące uzasadnione wątpliwości, co do ich realności, naraża się na niewykonanie zamówienia lub wykonanie zakładające zwiększony budżet w związku z potencjalną koniecznością zmiany wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Tym samym nietrafny jest argument zamawiającego, że skoro nie określił w SWZ poziomu szczegółowości kalkulacji ceny ofertowej, to ma przyjąć jakiegokolwiek wyjaśnienia. Jednak należy pokreślić, że to zamawiający określił przedmiot zamówienia, ustalił jego wartość szacunkową, wie jaki założył poziom jakości świadczonej usługi, co oznacza, że formułując wezwanie do wyjaśnień powinien być w stanie wskazać istotne elementy kosztotwórcze danego zamówienia, określić czy oczekuje wyceny poszczególnych zakresów przedmiotowych, czy też określenia stawek robocizny pracochłonności, kosztów bezpośrednich i pośrednich oraz poziomu szczegółowości wyjaśnień, których oczekuje. Przykładowo zamawiający może określić, że wykonawca nie ma wyjaśniać kosztów nie stanowiących więcej niż 5% wartości zamówienia, bo takie dla zamawiającego mogą nie być kosztem istotnym, albo domagać się wyjaśnienia wszystkich kosztów związanych z pracą personelu świadczącego usługę, w tym choćby wysokości kosztów na Pracownicze Plany Kapitałowe, jeśli uznaje, że koszty personelu, to kluczowy koszt usługi, a pozostałe koszty, jak koszty materiałów, obsługi księgowej, czy dojazdów z uwagi na niewielki wpływ na prawidłową realizację zamówienia mogą mieć dla zamawiającego mniej istotny charakter. Z tego też względu, jeśli zamawiający nie wskaże poziomu szczegółowości udzielonych wyjaśnień, a wykonawca podejmie próbę udzielenia tych wyjaśnień i dowodzenia w jego ocenie istotnych elementów, to nie może ponosić konsekwencji ogólnego wezwania zamawiającego.



**106. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1416/23**

(...) w ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał, iż wątpliwości co do realności ceny przystępującego powinny się u zamawiającego pojawić pomimo, nie wystąpienia obligatoryjnych przesłanek badania ceny. Oczywiście Izba zdaje sobie sprawę ze specyfiki branży usług ochrony. Jednakże, słuszność miał Zamawiający twierdząc, że Odwołujący nie referował do wartości ceny całkowitej oferty i nie podjął w tym zakresie próby wykazania jej nierealności. Za takowe nie można uznać wyłącznie wskazania wzrostu cen poszczególnych elementów wchodzących w jej zakres np. umundurowania, butów taktycznych itp. Odwołujący zaniechał wykazania, jak wskazywany wzrost przedkłada się na cenę oferty. Jak, z kolei wskazywał Przystępujący części tych kosztów w związku z wykonywaniem zamówienia nie będzie musiał ponosić. Ponadto Odwołujący referując do stawki godzinowej opierał się na kalkulacji kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony sporządzonej przez X – która oparta została na innych założeniach niż kalkulacja Przystępującego i jest kalkulacją uniwersalną nie uwzględniającą specyfiki danego wykonawcy np. poprzez przyjęcie konieczności ponoszenia kosztów PPK). W ocenie Izby, kalkulacja ta jest dowodem niewystarczającym. Powyższe jest o tyle istotne, iż Przystępujący w toku postępowania przedstawił Zamawiającemu własne założenia i kalkulację ceny oferty. Odwołujący do kalkulacji Przystępującego odnosił się wybiórczo, nie wykazując dlaczego przedstawiona tam kalkulacja co do kosztów pracowniczych jest kalkulacją niewiarygodną, a założenia przyjęte do jej sporządzenia niezgodne z SWZ. Nadmienić należy, iż Przystępujący w przedstawionej kalkulacji referował do wynagrodzenia minimalnego, kosztów pracodawcy ponoszonych z tytułu składek ZUS, kosztów zastępstwa za urlopy wypoczynkowe, czy też nieobecności z tytułu zwolnień lekarskich. Przystępujący odniósł się również do innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz wskazał osiągnąony zysk. Okoliczności te były kwestionowane przez Odwołującego lecz nie poparte żadnymi dowodami. Izba stwierdziła, iż w przypadku gdy kalkulacja kosztów Przystępującego pojawiła się już na tym etapie postępowania to Odwołujący winien odnieść się do niej i wskazać w jakim aspekcie jest ona zaniżona i jak ten aspekt przekłada się na cenę całkowitą oraz możliwość osiągnięcia zysku. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, sam fakt: przyjęcia do wyliczenia ceny kosztów pracy osób z niepełnosprawnościami i związanego z tym dofinansowania nie może determinować powstania obowiązku Zamawiającego, co do badania ceny pod kątem jej rażącego charakteru, w sytuacji gdy Odwołujący nie podważył ceny całkowitej za którą wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował Przystępujący. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający wątpliwości winien był powziąć, a zaoferowana przez Przystępującego cena wydaje się rażąco niska.

**107. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1650/23**

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W rozpoznawanym przypadku nie zaszyły okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba wskazuje, że o ile dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. odnosi się do subiektywnego wrażenia zamawiającego, nie jest to okoliczność, z której zamawiający może korzystać swobodnie, lecz musi wziąć pod uwagę aktualne realia rynkowe. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Z powyższego wynika, że zamawiający, dokonując czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, opiera się na swoim subiektywnym wrażeniu co do braku realności ceny zawartej w ofercie, niemniej jednak stanowisko zamawiającego musi mieć oparcie w określonych realiach rynkowych. W szczególności zamawiający nie mogą wykorzystywać instrumentu zawartego w art. 224 ust.1 do bezpodstawnego wzywania wykonawców do złożenia

wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że zredagowanie rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień wymaga do wykonawcy zaangażowania bardzo dużego potencjału osobowego, czasowego itp. Z kolei złożenie wyjaśnień, które w następnej kolejności mogą zostać uznane za niewystarczające, rodzi zagrożenie odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował cenę realną, nienoszącą znamion rażącej. Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, że zamawiający nie powinni korzystać z tego środka w sposób bezrefleksyjny i nieuzasadniony.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie dostrzegła podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską. Cena ta jest wyższa od wartości zamówienia aż o 20% i jednocześnie niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jedynie o 11%. Odpowiedź na pytanie o podstawy powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie uznania ceny za rażąco niską nie wynika również z treści wezwania z dnia 18 maja 2023 roku, Podkreślić należy, że to właśnie w wezwaniu zamawiający winien wskazać na okoliczności, które budzą jego wątpliwości, jeśli chodzi o kalkulację ceny wykonawcy. Odwołujący w treści odwołania oraz na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podnosił, że zamawiający wskazał w treści odwołania obszary, które przystępujący winien był wyjaśnić, oraz że wezwanie nie miało charakteru blankietowego, co zdarza się w sytuacjach, gdy zamawiający w treści wezwań przytaczają jedynie właściwe przepisy ustawy P.z.p.

Izba przeanalizowała treść wezwania i stwierdziła, że jedynie pozornie nie ma ono charakteru blankietowego. Zamawiający wymienił bowiem wszystkie elementy, jakie wykonawcy obowiązani byli wycenić w formularzu cenowym. Innymi słowy – nakazał wyjaśnienie wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia. Nie wiadomo zatem, które elementy wzbudziły jego wątpliwość. W sytuacji, w której cena oferty jest w sposób znaczący wyższa od wartości zamówienia, wskazanie elementów, które – w ocenie zamawiającego – zostały przez przystępującego zaniżone, jest wręcz nieodzowne. Brak takiego wyszczególnienia stwarza wrażenie, że zamawiający działa w sposób *stricte* formalistyczny w stopniu przekraczającym nawet rygoryzm właściwy dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

W ocenie Izby przyjmowanie bezkrytycznie stanowiska, iż każdorazowe wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny automatycznie i w każdej sytuacji rodzi domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie daje się obronić. Izba wskazuje, że każdy tego rodzaju przypadek wymaga osobnej analizy i nie do przyjęcia jest stanowisko, że takie domniemanie powstaje również w sytuacji, gdy skierowane do wykonawcy wezwanie jest w oczywisty sposób bezzasadne. Ponownie Izba podkreśla, że jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące rażącego zniżenia ceny przystępującego nie dają się uzasadnić ani treścią dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia (w tym wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert), ani nawet nie zostały podniesione w odwołaniu.

**108. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23,  
1659/23**

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (KIO 2678/18). Uwzględniając zatem treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, w pierwszej kolejności należy ocenić, czy zakwestionowane przez Odwołującego ceny za wykonanie poszczególnych pozycji stanowią istotne części składowe ceny oferty Przystępującego, a jeśli tak to czy Zamawiający powinien był w stosunku do nich powziąć wątpliwości, które uzasadniałyby skierowanie wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Wskazać należy, że przedmiot niniejszego zamówienia jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą ulegać zmianie. Z tego względu zamawiający przewidział, iż rozliczenie umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą (§ 4 ust. 2 wzoru umowy). Zgodnie z postanowieniami formularza ofertowego, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie składniki kosztów, a także inne czynności opisane w SST. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. W związku z tym, uwzględniając okoliczności niniejszego stanu faktycznego, zdaniem Izby, nie można wykluczyć, że poszczególne ceny jednostkowe za realizację wymienionych w TER pozycji, mogą nosić znamiona istotnych części składowych oferty, a co za tym idzie, mogą podlegać badaniu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2023 r., KIO 300/23).

Podtrzymując generalne zapatrywanie dotyczące możliwości badania w ramach wyjaśnień ceny również poszczególnych cen jednostkowych stanowiących podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy wskazać należy, że w niniejszej sprawie, Odwołujący w zasadzie w ogóle nie odnosi się do zagadnienia istotności kwestionowanych przez niego pozycji. Odwołujący istotność kwestionowanych przez niego pozycji wywodzi z faktu, że po ich zsumowaniu, obejmują one znaczną część ceny ofertowej. Tymczasem nie odnosi się on w ogóle do poszczególnych cen jednostkowych indywidualnie, a zdaniem Izby, tego typu argumentacja również powinna znaleźć się w treści odwołania. Argumentacja odwołania powinna odnosić się do wszystkich przesłanek wymienionych w treści art. 224 ust.

1 ustawy PZP. To, że Konsorcjum określiło dane ceny jednostkowe na zaniżonym, zdaniem Odwoływającego, poziomie, nie oznacza automatycznie, że powinny być one zostać przez Zamawiającego zakwalifikowane jako istotne części składowe ceny. Odwoływający powinien więc stosowną argumentację przedstawić Izbie, czego zaniechał.

Dalej podkreślić należy, że aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty konieczne jest powzięcie przez zamawiającego podejrzeń, że zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (tak też wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 433/20). Z kolei na etapie postępowania odwoławczego, dla uwzględnienia odwołania złożonego wobec zaniechania skierowania stosownego wezwania, niezbędnym jest przez Odwoływającego wykazanie, że takie wątpliwości Zamawiający powinien był powziąć. Odwoływający powinien więc w ramach przedstawianej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że w okolicznościach danego stanu faktycznego w odniesieniu do kwestionowanych przez niego części składowych ceny, Zamawiający miał podstawy by sądzić, że są one rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zdaniem Izby Odwoływający nie podołał ww. obowiązkowi.

### **109. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1738/23**

Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 p.z.p. ofertę odrzuca się także, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien wyeliminować taką ofertę.

Natomiast kiedy złożono wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia czy przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania. Przepisy p.z.p. nie regulują, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem

wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy należycie działający zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, i dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami odpowiadają ogólnemu żądaniu zamawiającego z wezwania z dnia 28 marca 2023 r., jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej. Na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Wyjaśnienia generalnie odpowiadają wezwaniu, wymieniono w nich także składniki cenotwórcze składające się na cenę oferty (...).

Co istotne, ocena danych wyjaśnień nie może następować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, który tu obejmuje głównie dostawę urządzenia, co stanowi kluczowy koszt oferty. Pozostałe koszty stanowią koszty towarzyszące, znacząco mniejsze niż cena samego spektrometru. Mamy więc do czynienia z bardzo prostym przedmiotem zamówienia i ceną oferty składającą się z kilku elementów. Jednakże, nawet przy tak skonstruowanym przedmiocie zamówienia, po otrzymaniu przedmiotowych wyjaśnień, zamawiający powinien zażądać dalszego doprecyzowania przedstawionych przez przystępującego elementów kalkulacji ceny, aby jednoznacznie zweryfikować koszty. Na korzyść zamawiającego przemawiają dowody złożone wraz z wyjaśnieniami, dotyczące cen w podobnych postępowaniach, co jednak nie zwalnia jednostki zamawiającego z obowiązku skrupulatnego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę.

### **Art. 224 ust. 2 pkt 1**

#### **110. Wyrok z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 185/23**

Zdaniem Izby przeszacowanie wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania może być uznane za oczywistą okoliczność, z której wynika rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, w przypadku, gdy ceny całkowite złożonych w postępowaniu ofert są zbliżone oraz są znacząco niższe od tej wartości.

#### **111. Wyrok z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 459/23**

Możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia wskazanej powyżej różnicy między ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich

złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, ma charakter wyjątkowy. Wynika to wprost z brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który jako zasadę określa obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”), a jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość zaniechania takiego wezwania („chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”). W związku z tym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Oznacza to, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny. Obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. na zamawiającym (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2686/21). Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zasadnym jest zatem przyjęcie, że różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można jednak odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista) (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 983/22).

### **Art. 224 ust. 6**

#### **112. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 50/23**

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również okoliczność, iż ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę nie może następować w oderwaniu od treści wezwania jakie do niego skierowano, to treść wezwania determinuje bowiem wymagany zakres odpowiedzi. Wykonawca ma obowiązek udzielić wyczerpujących odpowiedzi na pytania, jakie w treści wezwania do niego skierowano, tak aby zamawiający mógł ustalić, że określone elementy zamówienia, koszty czy inne czynniki, które zamawiający uważa za istotne, a których obowiązek uwzględnienia znajduje oparcie w dokumentach zamówienia, zostały przez wykonawcę wzięte pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienia wykonawcy muszą czynić zadość wezwaniu i z nim korelować, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający wskazał konkretnie elementy składowe ceny, które należy wyjaśnić. Wyjaśnienia, które nie odnoszą się do zagadnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty wskazanych w wezwaniu zamawiającego nie będą mogły co do zasady zostać uznane za uzasadniające podaną w ofercie cenę.

**113. Wyrok z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 148/23**

Przystępujący zwracał uwagę na ogólnikowość wezwania oraz w związku z tym wskazywał na możliwość wykorzystania przeciw niemu wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na tak ogólnikowe wezwanie. W ocenie składu orzekającego w pewnej mierze stanowisko przystępującego było słuszne. Słuszność ta przejawiała się w tym, że w przypadku dość ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie swojej oferty. Innymi słowy ogólnikowe wezwanie daje wykonawcy sporą elastyczność w zakresie sporządzenia wyjaśnień i składania dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe stwierdzenie okazało się niewystarczające, ponieważ należało zwrócić uwagę na dwie bardzo istotne kwestie. Po pierwsze ogólnikowość wezwania i związane tym możliwości pozostające po stronie wzywanego wykonawcy, nie uprawniają go do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień tj. stanowiących wyłącznie formalną odpowiedź na wezwanie. Po drugie w treści wezwania zamawiający wyraźnie wskazał, że zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

Ponadto Izba doszła do przekonania, że przystępujący miał świadomość istotności i konieczności złożenia dowodów w ramach wyjaśnień, ponieważ w trakcie postępowania odwoławczego, wnioskował o załączenie na poczet materiału dowodowego umów z pracownikami. Na tym etapie tj. po upływie terminu na złożenie wyjaśnień oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty taki dowód, w opinii składu orzekającego, należało uznać za spóźniony, ponieważ odnosił się do kwestii rażąco niskiej ceny, która była wyjaśniana na etapie postępowania przetargowego. Wniosek dowodowy w tym zakresie zgłoszony przez przystępującego, Izba potraktowała jako pośrednie przyznanie przez tego wykonawcę, konieczności złożenia dowodów w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie jego oferty. Dodatkowo skoro przystępującemu udało się zebrać takie dowody na etapie postępowania odwoławczego, to trudno nie uznać, że mógł on takie dowody przygotować i złożyć na etapie wyjaśnienia ceny, co tym bardziej podważało staranność przystępującego przy składaniu wyjaśnień oraz jego argumentację jako strony postępowania.

**114. Wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 359/23**

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że za-



oferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanego sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

#### **115. Wyrok z dnia 2 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 394/23**

W ocenie Izby, o ile same wyjaśnienia przystępującego wskazują na okoliczności sprzyjające mu w wykonaniu przedmiotowego zamówienia takie jak posiadane doświadczenia, stała i doświadczona kadra, stosowane rozwiązania techniczne, czy posiadanie kilku biur są to okoliczności, które nie są wyłącznie charakterystyczne dla przystępującego i mogą występować u innych wykonawców z branży projektowej. Niemniej jednak nie oznacza, że nie mają wpływu na wysokość skalkulowanej ceny. Stale współpracujący ze sobą zespół dobrze zorganizowany i prawidłowo zarządzany może mieć przewagę nad podobnym liczebnie i kompetencyjnie zespołem, który jest zespołem tworzonym na potrzeby danego postępowania. Tak samo jak doświadczenie w projektowaniu danego rodzaju obiektów może wpływać na szybkości i efektywność projektowania względem wykonawcy, który w danym rodzaju obiektach się nie specjalizuje lub ma mniejsze doświadczenie. Niezależnie od tych stwierdzeń należy zauważyć, że same wyjaśnienia przystępującego zostały poparte dowodem w postaci kalkulacji uwzględniającej zakres przedmiotu zamówienia, ujawniającej liczebność i stanowiska zespołu projektowego oraz zakładaną czasochłonność w odniesieniu do poszczególnych etapów prac projektowych. Takie kalkulacje są dowodami potwierdzającymi zdolność do wykonania zamówienia za określoną cenę. Obrazują bowiem jakie założenia do kalkulacji przyjął dany wykonawca, pozwalają ocenić realność tych założeń, a także to czy wykonawca zamierza wykonać zakres zamówienia odpowiadający wymaganiom zamawiającego. Z tego względu Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że wyjaśnienia przystępującego nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem. Przeciwnie Izba uznała, że przystępujący złożył dowody w postaci kalkulacji i wykazu uzyskanej pomocy publicznej, zaś w treści samych wyjaśnień znalazł się skan dokumentu ubezpieczenia potwierdzający poziom zatrudnienia u przystępującego na podstawie umowy o pracę. W ocenie Izby zatem wyjaśnień nie można było uznać za gołosłowne.

#### **116. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1023/23**

Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są indywidualizowane

dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowią o konkurencyjności na rynku.

#### **117. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1045/23**

Nadto art. 224 ust. 6 ustawy wskazuje, co jest przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie czynności badania ceny ofertowej pod kątem jej rażącego zaniżenia. Są to wyjaśnienia wraz z dowodami. Tym samym to właśnie wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami muszą przekonać zamawiającego o realności ceny ofertowej i gwarantowaniu przez tę cenę możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Oznacza to, że zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować złożone wyjaśnienia i dołączone do nich dowody. Oczywiście zamawiający nie dokonuje takiej analizy bez uwzględnienia wiedzy jaką dysponuje, czy to wynikającej z ustaleń czynionych przez niego na potrzeby ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, czy z racji innych prowadzonych postępowań na ten sam lub zbliżony przedmiot zamówienia, czy też z innych złożonych w postępowaniu ofert. Inaczej bowiem zamawiający nie miałby materiału porównawczego i nie mógłby dokonać ustaleń, co do rynkowego poziomu cen w danej branży, czy przedmiocie zamówienia, z którymi konfrontowałby zaofertowaną mu cenę.

#### **118. Wyrok z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1117/23**

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

#### **119. Wyrok z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1245/23**

Odwołujący nie wykazał, że zmaterializowały się podstawy do zastosowania w/w przepisu ustawy. Argumentacja Odwołującego ograniczyła się do ogólnych i blankietowych stwierdzeń oraz wskazania, że w ocenie Odwołującego określone koszty powinny być uwzględnione przez wykonawcę w wyjaśnieniach, a nie zostały. Przy czym Odwołujący nie zakwestionował żadnej pozycji cenowej z formularza cenowego. Nie odniósł się do żadnego stwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach.

Ocena wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny w kontekście wykazania przesłanek z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie może być skuteczna bez zakwestionowania ceny za realizację zamówienia. Ustawodawca wymaga wykazania, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym, aby skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca musi wykazać po pierwsze, że dany koszt będzie poniesiony przez wykonawcę. (...). Po drugie, zdaniem Izby, skuteczne podniesienie zarzutu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, że nieuwzględnienie określonych kosztów ma wpływ na cenę zaoferowaną za realizację zamówienia w taki sposób, że należy uznać ją za rażąco niską.

### **120. Wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1282/23**

Izba wskazuje, że ocena wyjaśnień wykonawcy składanych w kontekście rażąco niskiej ceny nie może odbywać się wyłącznie na podstawie wybiórczego wyszukiwania najdrobniejszych elementów składających się na realizację zamówienia i twierdzeniu, że brak ich uwzględnienia skutkuje złożeniem niepełnych wyjaśnień, a tym samym zaoferowaniem rażąco niskiej ceny. Ocen wyjaśnień dobywa się z uwzględnieniem ceny globalnej za realizację zamówienia, rodzaju zamówienia, postanowień SWZ.(...) W kontekście podniesionych zarzutów Izba podkreśla, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mają na celu odniesienie się do każdego najdrobniejszego elementu składającego się na realizację zamówienia. Wymaganie takich informacji od wykonawcy na etapie sporządzenia oferty byłby nieracjonalne i nieproporcjonalne. Wycena kosztów realizacji zamówienia to zbiór pewnych hipotetycznych założeń wykonawcy, przygotowanych w oparciu o postanowienia SWZ, sytuację rynkową w danym czasie i ocenę ryzyka jej zmiany na etapie realizacji zamówienia.(...) Brak odniesienia się do określonych kosztów w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny nie skutkuje automatycznym uznaniem, iż wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za realizację zamówienia. Konieczne w tym zakresie jest ustalenie czy takie koszty rzeczywiście nie zostały uwzględnione w kosztach realizacji zamówienia. Ponadto należy wykazać ich wpływ na cenę globalną za realizację zamówienia.

### **121. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1295/23**

W niniejszej sprawie należy podkreślić, iż przepisy ustawy nie determinują konkretnego wzorca wyjaśnień i taki nie może być narzucony przy ocenie złożonych wyjaśnień przez zamawiającego. Naturalną rzeczą jest, że wykonawcy winni dążyć do jak najpełniejszego przedstawienia informacji pozwalających na uznanie realności ich ceny i poparcie tych informacji dowodami. Jednakże również kierowane do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień sprowadzić można do wskazania na konieczność wyjaśnienia ceny (czy też wskazanych elementów), bez identyfikacji sposobu w jaki wykonawca miałby na to wezwanie odpowiedzieć, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Procedura wyjaśnienia, kalkulacji ceny ofertowej wymaga pozostawienia wykonawcy pewnej swobody, która po-

zwala każdorazowo na dostosowanie wyjaśnień do indywidualnych okoliczności, jakie pozwolą uzasadnić podaną cenę. Co do zasady zamawiający formułując wezwanie poza możliwością zidentyfikowania własnych zastrzeżeń, nie może przesądzić o tym w jaki sposób wykonawca może swoją cenę uzasadnić, co zasadniczo jest determinowane warunkami w jakich wykonawca prowadzi działalność. (...) To okoliczności konkretnego zamówienia, jego specyfika determinują sposób prezentacji ceny w ofercie, co również może mieć wpływ na wyjaśnienia wykonawcy i to w jaki sposób możliwe jest uzasadnienie występujących różnic w cenie. (...) W toku postępowania sam Odwołujący wskazywał, że nie twierdzi, iż cena nie jest realna lub że sposób realizacji zamówienia jest niewłaściwy, lecz Przystępujący poprzez nieprzedstawienie dowodów w postaci dokumentów wskazanych przez Odwołującego nie wykazał, iż cena jest realna. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, lecz ten formalizm nie powinien, w ocenie Izby przesłaniać celu ustanowienia stosownych norm. Celem badania ceny jest ustalenie czy cena jest realna i możliwe jest za nią zrealizowanie zamówienia i ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w następstwie rażącego zaniżenia ceny.

### **122. Wyrok z dnia 9 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1467/23**

Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, Zamawiający uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne, spójne i rzetelne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp.

(...) Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkret-

nych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę).

### **123. Wyrok z dnia 9 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1504/23**

Izba zauważa, że co prawda zasada jednokrotnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie została wprost wyrażona w ustawie pzp, to jednak wynika ona w ocenie Izby z treści art. 224 ust. 6 ustawy pzp – jeśli wykonawca złoży wyjaśnienia nieuzasadniające ceny oferty to zamawiający ma obowiązek ofertę odrzucić, a nie wezwać po raz kolejny wykonawcę do wyjaśnień. Przepis art. 224 ustawy pzp jest jednolicie wykładany w orzecznictwie Izby, które podkreśla jednokrotność wezwania mając na względzie zasady udzielania zamówień oraz profesjonalizm adresata, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Uprawnienie do skierowania ponownego wezwania do wyjaśnień jest wyjątkiem, który materializuje się w sytuacji, kiedy wykonawca złoży wyjaśnienia szczegółowe, rzetelne, wykazane dowodami, a przede wszystkim odpowiadające wezwaniu zamawiającego, niemniej jednak z uwagi na treści w nim zawarte po stronie zamawiającego rodzą się jeszcze jakieś dodatkowe (nie wyrażone w pierwszym wezwaniu) wątpliwości wymagające doszczegółowienia.

### **124. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1734/23**

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę

i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

(...) Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są również samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreszenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy.

#### **Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b**

#### **125. Wyrok z dnia 1 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 143/23**

Wskazać dalej należy, że elementem nierozzerwalnie związanym z warunkami zamówienia jest określenie przez Zamawiającego dokumentów za pomocą których wykonawca ma wykazać ich spełnienie. Konieczność sprecyzowania w SWZ zakresu wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niezmiernie ważna dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu w kontekście zasady ich równego traktowania. Przy czym zaznaczyć należy w kontekście warunków udziału w postępowaniu, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania ich spełnienia. O ile więc rolą Zamawiającego jest wskazanie w SWZ w sposób jasny i precyzyjny warunków udziału w postępowaniu i określenie formy dokumentów jakie wykonawca winien złożyć na potwierdzenie spełnienia takich warunków, np. oświadczenie własne wykonawcy, wykaz osób, o tyle szczegółowa treść takiego oświadczenia, wykazu musi być sprecyzowana przez danego wykonawcę. To bowiem wykonawca analizuje postanowienia SWZ,

przepisy prawa, doświadczenie osób, które zamierza zaangażować w realizację zamówienia i to wykonawca dokonuje doboru informacji niezbędnych to wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

### **126. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 179/23**

W świetle powyższych zasad ustalonych przez gospodarza postępowania obowiązkiem Odwołującego było staranne wypełnienie dokumentu JEDZ już na moment złożenia oferty w taki sposób, aby zakres podanych przez Wykonawcę informacji potwierdzał, że określone w dokumentach zamówienia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnia. Szczególnej staranności i uwagi wykonawca powinien dołożyć podczas uzupełniania czy też poprawiania błędów dostrzeżonych przez Zamawiającego w złożonych wraz z ofertą jednolitych dokumentach, bowiem skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma charakter jednokrotny. Tym samym błędy popełnione przez Wykonawcę na etapie uzupełniania czy też poprawiania JEDZ obciążają samego Wykonawcę. Warto przy tym wskazać, iż nie jest dopuszczalne obejście zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia czy też poprawienia danego dokumentu instytucją wyjaśnień, o której mowa w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby powstały między Stronami spór w zasadniczej mierze jest wynikiem braku dołożenia należytej staranności przez Odwołującego i podmioty udostępniające zasoby na etapie analizy wymogów Zamawiającego wyrażonych w dokumentach zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, przyjęcia błędnych założeń usprawiedliwiających lakoniczne wypełnienie jednolitych dokumentów zamówienia, jak również niedochowania staranności podczas wypełniania JEDZ na moment składania oferty, a następnie na etapie wezwania do jego uzupełnienia i poprawiania. Trafnie argumentował Zamawiający, iż nie składając kompletu wymaganych w treści JEDZ oświadczeń (które Zamawiający precyzyjnie wskazał w treści SWZ), Odwołujący sam pozbawił się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne.

### **127. Wyrok z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 348/23**

Same nazwy zadań nie mogą być jednoznaczną podstawą do uznania, że określona inwestycja nie wpisywała się w zakres warunku udziału w postępowaniu. Oczywiście jest jednak, że nazwy inwestycji nie biorą się znikąd – i co do zasady – choćby w przybliżonym stopniu określają charakter danej roboty. Z tego względu, Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu, w jaki wykonawca X wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsze z wymienionych przez X zadań mogło dotyczyć obiektu, który nie musiał być obiektem użyteczności publicznej, pozostałe – opierając się wyłącznie na nazwie – mogły dotyczyć remontów i przebudów, a nie budowy. Z tego względu Izba uznała za zasadny zarzut odwołania w części, w jakiej Odwołujący twierdził, że wykonawca X nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na obecnym etapie postępowania nie można jednak przesądzić, czy X rzeczywiście nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z całą pewnością, w obliczu ustalonych faktów należy uznać, że czynność wyboru oferty wykonawcy X była przedwczesna. Zamawiający powinien przede wszystkim wykorzystać dostępne mu narzędzia i najpierw ustalić, czy wskazane wyżej zadania rzeczywiście mogły zostać uznane za potwierdzenie spełnienia przez X warunków udziału w postępowaniu.

### **128. Wyrok z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 886/23**

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego. W sytuacji gdy wykonawca składa poprawne formalnie podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Dopiero bezskuteczny wpływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty, z powodu zaistnienia takiego błędu. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający treścią wezwania obejmuje jedno uchybienie w zakresie wykazania warunku, a następnie za powód odrzucenia oferty uznaje inne uchybienie, do usunięcia którego nie wezwał uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

### **129. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1547/23**

Wskazać jednak należy, co jest stanowiskiem ugruntowanym w orzecznictwie, że okoliczność, iż referencja nie potwierdza całego wymaganego warunkiem zakresu prac nie oznacza, że oświadczenie wykonawcy, obejmujące cały zakres warunku, jest z taką referencją sprzeczne czy też że okoliczność taka skutkować winna wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku. Dokument referencji nie musi też wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub usług.

### **130. Wyrok z dnia 10 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1817/23**

W pierwszej kolejności, w ocenie Izby, istotne znaczenie miały definicje: budynku, budowy, robót budowlanych, przebudowy oraz remontu zawarte w ustawie z dnia



7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) zwanej dalej jako: „Prawo budowlane”, określone w jej art. 3 pkt 2, 6, 7, 7a oraz 8. Zgodnie z tymi definicjami:

- budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;
- budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego;
- roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;
- przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Po drugie przystępujący w swojej argumentacji, przez nawiązywanie do opisu przedmiotu zamówienia, zdawał się sugerować, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu mogłoby nastąpić przez wykonanie roboty budowlanej polegającej na budowie obejmującej również odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego, który nie jest budynkiem. Jak wynika z powyższego przystępujący próbował forsować w tym aspekcie celowościową wykładnię treści warunku, która w tym wypadku była niedopuszczalna. Co do zasady warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. W związku z jednoznaczną treścią warunku wykładnia językowa okazała się w zupełności wystarczająca, a jej zastosowanie potwierdziło, że zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu budynku (a nie każdego obiektu budowlanego), rozumianego jako jego budowa polegająca również na odbudowie, rozbudowie lub nadbudowie. Zastosowanie wykładni celowościowej, jak chciałby przystępujący, prowadziłoby *de facto* do ustalenia nowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na niedopuszczalnym rozszerzeniu zakresu doświadczenia wykonawcy w stosunku do określonego przez zamawiającego w SWZ, które nie było kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania. Dopuszczenie takiej wykładni na etapie badania i oceny ofert byłoby niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe założenia oraz uwzględniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ.

(...) W ocenie składu orzekającego tylko jedna z sześciu robót podanych przez przystępującego spełniła przedmiotowy warunek. Była to robota podana w pozycji nr 2 wykazu (...). W zakresie tej roboty już sama nazwa zamówienia sugerowała, że dotyczyła ona rozbudowy budynku, czyli stanowiła budowę. Oczywiście, jak słusznie podnosił przystępujący, sama nazwa zamówienia nie może przesądzać to tym jak zakwalifikować daną robotę, ale w okolicznościach przedmiotowej sprawy sugestia wynikająca z nazwy zamówienia została potwierdzona i udowodniona przez dowód złożony zarówno przez odwołującego jaki i przystępującego tj. projekt budowlany i wykonawczy. Projekt ten na str. 5 prezentował dane dotyczące budynku i zagospodarowania terenu przed rozbudową i po rozbudowie. Z danych tych wynikało, że w związku z dokonaniem rozbudowy miała zwiększyć się kubatura i wysokość budynku tj. parametry użytkowe lub techniczne, których zmiana, zgodnie z definicją przebudowy wykracza poza jej rozumienie i pozwala zaliczyć wykonaną robotę budowlaną do budowy, rozumianej jako rozbudowa. Definicja przebudowy w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego wprost stwierdza, że przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Stąd też zmiana kubatury oraz wysokości budynku w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mogła zostać uznana tylko za przebudowę lub remont. Przez co należało zakwalifikować ją jako rozbudowę, która mieści się w definicji budowy. Tym samym Izba nie miała wątpliwości, że robota wskazana w pozycji nr 2 wykazu spełniała warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ.

#### **Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c**

#### **131. Wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 115/23**

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług (...) oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy (...) Z analizy powyższego przepisu wynika, że wykonawca celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej winien w pierwszej kolejności

złożyć wraz z wykazem dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencję bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. W sytuacji jednak, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie jest on w stanie uzyskać ww. dokumentów, tj. referencji bądź innych dokumentów, wykonawca uprawniony jest złożyć oświadczenie własne. Innymi słowy, złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich nieuzyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Z kolei ocena oświadczenia wykonawcy będzie należała do zamawiającego, którego zadaniem będzie rozważenie, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji.

### **132. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1336/23**

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku deklaracja zgodności powinna być podpisana przez producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela albo prywatnego importera. Obowiązek podpisania deklaracji wynika także z załącznika XIII pkt 8 do dyrektywy w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych. Oznacza to, że składane deklaracje winny być opatrzone podpisem. Odwołujący, składając je bez wymaganego podpisu, nie zachował formy koniecznej dla wskazanych dokumentów.

Nie można zgodzić się również z odwołującym, iż złożony przez niego dokument stanowi cyfrowe odwzorowanie dokumentu. Zgodnie z § 6 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r., poz. 2452) cyfrowe odwzorowanie to dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

Z powyższego wynika, że odwzorowanie cyfrowe to elektroniczna kopia. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (sjp.pwn.pl) kopia to rzecz dokładnie odtworzona z oryginału. Kopia dokumentu jest zatem zgodna nie tylko z treścią oryginału, ale również odzwierciedla jego układ graficzny i wszystkie znajdujące się na nim elementy, w tym również podpis. Wymogi takie spełnia skan dokumentu lub jego cyfrowe zdjęcie.

Dokumenty złożone przez odwołującego nie mogą zostać uznane za odwzorowanie cyfrowe oryginałów, jako że nie znajdują się na nich podpisy osób upoważnionych do podpisywania tego rodzaju dokumentów.

Jednocześnie Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający nie mógł pozyskać samodzielnie wymaganych deklaracji, ponieważ zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający, w pewnych okolicznościach, jest uprawniony do samodzielnego pozyskiwania jedynie podmiotowych, nie przedmiotowych środków dowodowych. Z kolei postanowienie 5.2. SWZ nie dopuszczało możliwości uzupełnienia wskazanych dokumentów. Brak dokumentów uniemożliwiał natomiast wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

### **133. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1337/23**

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego – niewątpliwie jest, że Odwołujący wraz z ofertą nie złożył oświadczeń sporządzonych według wzorów stanowiących załączniki nr 3 i 4 do OPW, będących oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do ich złożenia zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp (...) Spór w zakresie tego zarzutu sprowadzał się do kwestii, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że „nie otrzymał od wykonawcy wymaganego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w terminie składania ofert. Wykonawca tą gwarancję przedłożył stosownymi oświadczeniami po terminie składania ofert”, ze względu na to, że oświadczenia przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 6 maja 2023 r. były podpisane po upływie terminu składania ofert, a w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Z okoliczności, że zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwać do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, wykonawcę, który takiego oświadczenia nie złożył w terminie składania ofert, a wykonawca może złożyć takie oświadczenie w wykonaniu tego wezwania, wynika, że oświadczenie takie może być złożone po terminie składania ofert. Tym samym należy uznać, że oświadczenie składane w wykonaniu wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, może być sporządzone i podpisane po tym terminie, zwłaszcza że żaden przepis Pzp nie uzasadnia przyjęcia, że musi być ono sporządzone i podpisane przed tym terminem. W szczególności z treści art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp wynika, że obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez danego wykonawcę jest powiązany z terminem na złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie z datą jego sporządzenia czy podpisania. Wymaga przy tym podkreślenia, że w sytuacji, gdy zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oświadczenie składane przez wykonawcę w wykonaniu tego wezwania

jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie jakimś innym oświadczeniem. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w przekazanym Odwołującemu w dniu 9 maja 2023 r. piśmie zatytułowanym „Informacja o odrzuceniu oferty” oraz w toku postępowania odwoławczego, iż wobec podpisania rzeczonych oświadczeń po upływie terminu składania ofert nie można uznać, że stanowią one dowody potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, było nieprawidłowe.

Należy zauważyć, że nie ma wątpliwości, że oświadczenie takie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w przypadku, gdy zostanie sporządzone, podpisane czy złożone przed dniem składania ofert (w którym upływa termin składania ofert), mimo że wykonawca, który sporządza, podpisuje i składa zamawiającemu takie oświadczenie na przykład na dwa dni przed dniem składania ofert nie ma wiedzy, czy do dnia składania ofert nie ulegnie zmianie jego sytuacja w zakresie istnienia podstaw wykluczenia czy spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma podstaw prawnych do różnicowania waloru dowodowego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego i podpisanego przed dniem składania ofert i oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego i podpisanego po dniu składania ofert. Można więc przyjąć, że art. 125 ust. 3 Pzp tworzy domniemanie „aktualności” oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, na dzień składania ofert.

Rzecz jasna, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia może brać udział wyłącznie wykonawca, który na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w tym postępowaniu i wobec którego nie zachodzą na ten dzień podstawy wykluczenia z tego postępowania. Brak jest jednak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że na dzień składania ofert w Postępowaniu wobec Odwołującego zachodziła podstawa wykluczenia z Postępowania lub że nie spełniał on warunków udziału w Postępowaniu, a tym samym – iż oświadczenia przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 6 maja 2023 r. nie odzwierciedlały stanu rzeczy istniejącego w dniu składania ofert. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, wątpliwości co do „aktualności” tych oświadczeń - stanowiących oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp - potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, wynikały wyłącznie z daty podpisania tych oświadczeń, co – jak wskazano wyżej – jest okolicznością bez znaczenia.

#### **134. Wyrok z dnia 28 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1715/23**

Zamawiający w SWZ nie określił jako podmiotowych środków dowodowych książki żeglarskiej, potwierdzenia armatora, wyciągów z pływania potwierdzone przez Urząd Morski, zaświadczeń wydanych przez kapitana statku lub dowódcę jednostki pływającej, tym samym nie mógł ich wymagać w ramach wezwania do wyjaśnień, czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji brak złożenia niewymaganych Specyfikacją Warunków Zamówienia dokumentów

nie mogło być podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Nie zmienia tego fakt, że taki katalog dokumentów na potwierdzenie praktyki zawodowej dla uzyskania lub odnowienia dyplomu kapitana określają przepisy prawa, w tym cytowane przez obie strony rozporządzenie Ministra Gospodarki Wodnej i Żeglugi Śródlądowej. Zamawiający bowiem oczekiwał dysponowania osobą, która już dyplom kapitana posiada, a nie jest w trakcie jego nabycia i wymagał doświadczenia zawodowego, a nie praktyki zawodowej niezbędnej dla zdobycia dyplomu lub jego odnowienia, zamawiający też w żadnym miejscu SWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu nie odesłał do tego rozporządzenia. Zamawiający również nie wymagał, aby przy wykazywaniu doświadczenia jako podmiot traktować wyłącznie armatora, czy też za równoważnego armatorowi uznawać jedynie dowódcę jednostki pływającej czy Dyrektora Urzędu Morskiego. Mając to na uwadze odrzucenie oferty odwołującego jedynie z powodu nie złożenia podmiotowych środków dowodowych nie wynikających z SWZ było wadliwe.

### **Art. 226 ust. 1 pkt 3**

#### **135. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 539/23**

Zakres planowanego przez X podwykonawstwa pokrywa się z przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego. Treść oświadczenia X w sposób jednoznaczny wskazuje, iż Wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom całe zamówienie publiczne, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu podnieść należy, iż literalna wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

#### **136. Wyrok z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 907/23**

Z ww. przepisów, tj. art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP oraz art. 7 pkt 27 PZP wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może powierzyć realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę. Wykładnia wskazanych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Zlecenie wszystkich części zamówienia podwykonawcom (100% zakresu) faktycznie oznacza, że wykonawca nie będzie go realizował, a co najwyżej koordynował jego realizację. Taka sytuacja jest niezgodna zarówno z ww. przepisami, jak i z wynikającymi

z przepisów PZP zasadami udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zachowania uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować powinno odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP jako niezgodnej z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 462 ust. 1 PZP i art. 7 pkt 27 PZP), czego Zamawiający zaniechał uczynić i dokonał w dniu 21.03.2023 r. wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

### **137. Wyrok z dnia 31 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1421/23**

W sprawie okoliczności faktyczne związane z formą w jakiej oferta została złożona nie budziły sporu. Dotyczy to zarówno ustalenia, iż w postępowaniu obowiązywała pod rygorem nieważności forma elektroniczna dla oferty i oświadczeń, jak również, że Odwołujący złożył ofertę opatrzoną podpisem zaufanym. Ponadto, nie budziło sporu ustalenie przyczyny, która spowodowała, iż Odwołujący nie mógł złożyć elektronicznego podpisu kwalifikowanego, a ta nie była związana z działaniem platformy zakupowej, ale wynikała z usterki technicznej jakiej uległo urządzenie Odwołującego pozwalające złożyć podpis kwalifikowany. Odwołujący przyznał, iż urządzenie nie było sprawne i tylko to stanowiło powód dla którego nie mógł złożyć prawidłowego podpisu pod ofertą.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w art. 63 Ustawy wprowadza formę elektroniczną dla oferty w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz formę elektroniczną dla oferty lub postać elektroniczną oferty opatrzoną podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne. Zastrzeżenie formy oferty dokonane zostało pod rygorem nieważności, co oznacza, iż oferta złożona z naruszeniem formy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy. Formę elektroniczną należy rozumieć zgodnie z art. 78<sup>1</sup> Kc – jako postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

(...) Odwołujący w sposób nieprawidłowy wnioskował o możliwości dopuszczenia do oceny oferty wniesionej z naruszeniem formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności. W szczególności za sprzeczne z regulacją ustawową należało ocenić twierdzenie co do możliwości wyjaśnienia w trybie wyjaśnienia treści oferty przyczyn, które doprowadziły do tego, że oferta nie została prawidłowo opatrzona podpisem kwalifikowanym, w czym Odwołujący upatrywał możliwość, uzupełnienia podpisu. Takie działanie prowadziłyby do obejścia rygору nadanego treścią art. 63 Ustawy, tj. nieważności w przypadku braku dochowania formy elektronicznej wymaganej w odniesieniu do oferty w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Jednocześnie należy negatywnie odnieść się do twierdzenia Odwołującego o braku odpowiedzialności za przyczynę, jaką była usterka techniczna po stronie Wyko-

nawcy. Odwołujący w sposób nieuzasadniony przyjął, iż okoliczności, w jakich doszło do nieskutecznego złożenia oferty w postępowaniu przetargowym, nie obciążają konsekwencjami Wykonawcę. Odwołujący przyznał, iż urządzenie nie było sprawne i tylko to stanowiło powód dla którego nie mógł złożyć prawidłowego podpisu pod ofertą. W świetle powyższego należało uznać, iż przyczyną obciążającą stronę Odwołującą, nawet jeżeli ten nie przyczynił się do usterki urządzenia i nie odpowiada za sprawność dostarczonego mu urządzenia od dostawcy usługi. Z całą pewnością odpowiedzialności tej nie można przypisać Zamawiającemu, który odpowiada za prawidłowe działanie platformy zakupowej, chociaż sam również taką usługę zleca podmiotowi zewnętrznemu. Niezależnie bowiem od przyczyny, która spowodowała usterkę urządzenia, to Wykonawca ponosi konsekwencje braku przygotowania sprawnego urządzenia do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Tak samo należy oceniać sytuację, w której urządzenie nagle ulegnie awarii. Mając na uwadze konieczność złożenia oferty w procedurze, w której wymagane jest posiadanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego, to po stronie uczestnika postępowania jest właściwe przygotowanie od strony technicznej. Awaria urządzenia nie jest zdarzeniem nadzwyczajnym i należało na taką sytuację się przygotować. Tym samym przykład podany na rozprawie, jak i powołane orzeczenia KIO, dotyczące sytuacji, w których to zamawiający odpowiadał za właściwą pracę urządzeń, nie mają odniesienia do stanu faktycznego.

Ponieważ oferta nie została w sposób prawidłowy podpisana, co naruszało formę elektroniczną zastrzeżoną pod rygorem nieważności, a przepisy Ustawy nie dopuszczają uzupełnienia podpisu, co równoznaczne byłoby ze złożeniem oświadczenia po terminie składania ofert, ofertę należy odrzucić, jako niezgodną z Ustawą, która określa warunki ważności oferty sporządzonej elektronicznie i wnoszonej drogą elektroniczną. Wykonawca nie złożył oferty w formie elektronicznej wymaganej pod rygorem nieważności dla oferty na mocy art. 63 ust. 1 Ustawy, składając ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym. W postępowaniu powyżej progów unijnych obowiązuje forma elektroniczna rozumiana zgodnie z art. 78<sup>1</sup> k.c.

#### **Art. 226 ust. 1 pkt 4**

#### **138. Wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1726/23**

Izba wskazuje, że w powoływanej w odwołaniu uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1990 r. o sygn. akt. III CZP 8/90, dopuszczono możliwość stosowania w drodze analogii przepisów o pełnomocnictwie do czynności podejmowanych w charakterze organu osoby prawnej, ale co istotne wyrażono w niej pogląd, że osoba fizyczna działająca jako organ osoby prawnej nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu tego podmiotu, chyba że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów. Kolejno w przywołanym przez Odwołującego wyroku



z dnia 24 lipca 2009 r. o sygn. akt: II CSK 41/09 Sąd Najwyższy wprost wskazał, że stosowanie przepisu art. 108 k.c. do osób prawnych jest sporne w doktrynie. W uzasadnieniu rzeczonego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że: „(...) nie można wykluczyć zastosowania art. 108 KC w sytuacji, w której dochodzi do czynności prawnej pomiędzy dwoma jednoosobowymi spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, których jedynym współnikiem jest ta sama osoba fizyczna, reprezentowanymi przez tego samego współnika, będącego zarazem jedynym członkiem zarządu obu spółek. W takiej sytuacji łatwo może dojść do kolizji interesów spółek i ewentualnych wierzycieli, a dokonywane czynności prawne mogą pozostać poza jakąkolwiek kontrolą (...). Nie ma podstaw, aby rozciągać stosowanie art. 108 KC na każdą sytuację, w której w składzie organów reprezentujących spółki pojawia się ta sama osoba fizyczna (...)”. Podobnie uznał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 r. o sygn. akt: V CSK 425/17: „(...) Stosowanie art. 108 KC w drodze analogii powinno być jednak poprzedzone analizą konkretnego stanu faktycznego, nie ma bowiem podstaw by stosowanie art. 108 KC rozciągać automatycznie na każdą sytuację, w której w składzie organów reprezentujących spółki występuje ta sama osoba fizyczna (...) Osoba, która jako członek zarządu reprezentuje obie osoby prawne, będące stroną tej samej czynności prawnej, powinna zapewnić, aby spełniona była przynajmniej jedna z przesłanek wskazanych w art. 108 KC, uzasadniających dokonanie czynności „z samym sobą” (...)”. Ponadto w wyżej wymienionych wyrokach Sąd Najwyższy wyraźnie podkreślił, że zgodnie z przyjętą wykładnią art. 108 k.c. czynność prawna dokonana sprzecznie z treścią tego przepisu nie jest bezwzględnie nieważna, lecz niezupełna. Oznacza to, że jej ważność zależy od potwierdzenia przez osobę, w której imieniu została dokonana. Z kolei Konsorcjum X w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego (pismo z dnia 21 czerwca 2023 r.) przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2002 r. o sygn. akt: II CKN 1003/00, w którym Sąd Najwyższy odmówił zastosowania art. 108 k.c. w sytuacji, gdy ta sama osoba fizyczna występowała w składach organów dwóch spółek dokonujących określonej czynności prawnej. W uzasadnieniu rzeczonego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że „(...) W. prezes Spółki S. GmbH w L. jest - jak wynika z załączonego rejestru handlowego - zawsze uprawniony do jednoosobowej reprezentacji oraz do reprezentowania spółki w przypadku czynności prawnych z samym z sobą (...). Wymieniony jest organem osoby prawnej a nie jej przedstawicielem, wchodzi bowiem w skład struktury organizacyjnej tej osoby i urzeczywistnia jej wolę. Wskutek tego działanie organu osoby prawnej jest tożsame z działaniem samej osoby prawnej. Prezes W. S. nie występował jednocześnie w obu rolach tj. organu osoby prawnej i osoby fizycznej, nie doszło bowiem do zawarcia umowy między osobą będącą organem osoby prawnej a reprezentowaną przez nią osobą prawną (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że Odwołujący podniósł podczas rozprawy, że ma świadomość, iż w orzecznictwie pojawiają się różne stanowiska dotyczące spornej kwestii. Niemniej jednak odwołujący konsekwentnie prezentował jeden pogląd, powołując się przy tym na wyroki Sądu Najwyższego, które

zostały wydane w odmiennych stanach faktycznych niż ten zaistniały w rozpoznawanej sprawie. Wymaga zauważania, że w niniejszej sprawie wchodzące w skład Konsorcjum X spółki nie są spółkami jednoosobowymi, natomiast Pan Y działający jako Prezes Zarządu zarówno imieniem Z sp. z o. o. z siedzibą w (...) jak też U. sp. z o. o. z siedzibą w (...) jest jedynym członkiem zarządu w tych spółkach, uprawnionym do samodzielnej reprezentacji (zgodnie z informacjami odpowiadającymi odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącymi spółek wchodzących w skład Konsorcjum X). Ponadto sama umowa konsorcjum została zawarta w celu realizacji określonego wspólnego przedsięwzięcia, a tym samym nieuzasadnione jest arbitralne przyjęcie, że narusza ona wzajemne interesy jej stron. Analizując treść umowy konsorcjum można bowiem dojść do wniosku, że wątpliwe jest wystąpienie konfliktu interesów pomiędzy spółkami tworzącymi Konsorcjum X, które wspólnie są zainteresowane realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, że w analizowanej sytuacji może dojść do kolizji interesów spółek i ewentualnych wierzycieli, a dokonywane czynności prawne mogą pozostać poza jakąkolwiek kontrolą.

#### **Art. 226 ust. 1 pkt 5**

#### **139. Wyrok z dnia 1 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 150/23**

Zauważenia wymaga, że wykładnia postanowień specyfikacji warunków zamówienia powinna być dokonywana w zgodzie z regułami wykładni aktów normatywnych, dokument ten określa bowiem prawa i obowiązku uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega żadnej wątpliwości, że czasownik *powinien* w języku prawnym oznacza obowiązek określonego zachowania się i w takim znaczeniu jest powszechnie stosowany w aktach prawnych. Liczne przykłady na to, że powinność jest tożsama z obowiązkiem występują w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. Czasownik *powinien* jest więc powszechnie stosowany w tekstach aktów prawnych, a jego interpretacja nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. Ponieważ specyfikacja warunków zamówienia określa normy adresowane do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jej postanowienia powinny być interpretowane w sposób właściwy dla aktów prawnych, nie zaś zgodnie z potocznym znaczeniem określonych słów.

#### **140. Wyrok z dnia 16 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 294/23**

Izba wskazuje na stanowisko Sądu Okręgowego w Szczecinie, który wyrokiem z dnia 7 marca 2018 r., w sprawie o sygn. akt: VIII Ga 102/18 wskazał, że „(...) zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji

luk (...)"'. Odnosząc powyższe do treści §15 PPU, w szczególności ust. 1 pkt 2 zdanie ostatnie „Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji (...)”, w ocenie Izby nie sposób stwierdzić, że postanowienie to kreuje po stronie wykonawcy obowiązek załączenia do oferty wykazu instalacji, czy też wskazania ich w jakiegokolwiek formie. Literalna wykładania tego postanowienia prowadzi do wniosku, iż jest to pewnie stwierdzenie, z którego ewentualnie można by wywnioskować, że taki obowiązek może istnieć. Rzeczywiście, jak wskazuje Przystępujący, wykonawcy uczestniczący w tego rodzaju postępowaniach o zamówienie przywykli do tego, że wykaz instalacji jest co do zasady standardowym dokumentem załączanym do oferty. Niemniej jednak Izba podkreśla, że zgodnie z przywołanymi przez wszystkich uczestników tego postępowania odwoławczego regulacjami prawnymi, w pierwszej kolejności to zamawiający jest zobowiązany treścią art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg do zobowiązania wykonawców w dokumentach zamówienia, w przypadku postępowań na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, do wskazania takich instalacji w ofercie. Zasadnie podniósł Odwołujący, że przepis ten jest kierowany do zamawiającego i dopiero w sytuacji, gdy ten wywiąże się z nałożonego obowiązku i właściwe zobowiąże wykonawców, wówczas po ich stronie aktualizuje się obowiązek wskazania w ofercie instalacji. W ocenie Izby brzmienie §15 PPU nie przesądza wprost tego rodzaju obowiązku po stronie wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obowiązki, o jakich stanowi to postanowienie to, jak słusznie wskazał Odwołujący, „zapewnienie zagospodarowania odpadów komunalnych z obowiązującymi przepisami (...)” oraz „zawarcie odpowiednich umów (...)”. Zwrócić należy również uwagę, że gdy celem jest nałożenie danego zobowiązania używa się wówczas odpowiedniej formuły językowej np. „wykonawca zobowiązany jest”, czy „wraz z ofertą należy złożyć”, bądź inne sformułowanie wskazujące na pewną powinność. Natomiast analizowane zdanie jest raczej stwierdzeniem, z którym powinien być skorelowany odpowiedni obowiązek. Ewentualnie, można z tego stwierdzenia taki obowiązek próbować wyinterpretować, jednak jak już zostało wskazane, nie można wówczas wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na to, że takiej interpretacji zaniechał. Przypomnieć należy, że zamawiający również, podobnie jak wykonawca, jest podmiotem profesjonalnym.

**141. Wyrok z dnia 17 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 242/23,  
KIO 305/23**

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp przedmiotowych środków dowodowych. (...)

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

**142. Wyrok z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 646/23,  
KIO 648/23**

Nie można jednak uznać, że o niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia przesądza tylko i wyłącznie zaoferowanie za realizację danej pozycji kosztorysowej stawki rażąco niskiej. Powyższe stanowi ewentualną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwoływający musiaby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał, tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia. Odwoływający powinien przy tym móc jednoznacznie wskazać w jakim zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt: jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonej pozycji.

**143. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1076/23**

Izba wskazuje, że Odwoływający nie dopełnił obowiązku sporządzenia oferty zgodnie z wymaganiami SWZ. To właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. W tym celu wykonawca powinien szczegółowo przeanalizować wymagania zamawiającego opisane w dokumentach postępowania. Odwoływający miał możliwość sporządzenia oferty zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ oraz zgodnie z informacją zawartą pod tabelą z wykazem w taki sposób, który odpowiadałaby wymaganiom Zamawiającego wskazanym w SWZ. W wypadku, gdy konieczne było zawarcie dodatkowych informacji w ofercie, np. dotyczących dodatkowych elementów oferowanych przedmiotów, to Odwoływający powinien takie informacje w niej zamieścić. Odwoływający nie skorzystał z takiej możliwości. To na wykonawcy spoczywa obowiązek sporzą-

dzenia oferty odpowiadającej treści SWZ. Deklaracja wykonawcy zawarta w ofercie powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie powinien być domyślać się, jakie parametry posiadają zaoferowane przedmioty lub ustalać powyższe na podstawie informacji spoza treści oferty, szczególnie w sytuacji, gdy zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ należało wskazać nazwę i model oferowanego przedmiotu zamówienia, a w wypadku, gdyby model posiadał wiele wersji, należało wskazać informacje dodatkowe.

#### **144. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1131/23**

W ocenie składu orzekającego zapisy swz nie mogą prowadzić do niejasności zasad oceny ofert. Skoro zamawiający opisał wzorzec próbny na potrzeby oceny zastosowania technologii napraw/łączenia, to nie może następnie wywodzić sprzecznych z treścią dokumentów potwierdzających parametry techniczne wyrobu wniosków. Ogólny zapis opisujący zasady na jakich miało być przeprowadzone badanie produktu równoważnego, dotyczący zgodności dostarczonego wzorca z dokumentacją i wymaganiami OPZ nie został w żaden sposób sprecyzowany przez wskazanie jakich konkretnie parametrów miałyby dotyczyć badanie wzorca. Skoro Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności z parametrami zamówienia, to ocena zaoferowanych wyrobów powinna być związana z oceną złożonych dokumentów. W przypadku wątpliwości Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień do żądania wyjaśnień lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co opisał w części I swz

#### **145. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1544/23**

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*). (...) W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny. (...) Przepisy ustawy pzp

przewidują wprost instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zda. 2 pzp. Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

#### **146. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1720/23**

W ocenie Izby istota sporu dotyczyła tego, czy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zaistniały przesłanki do zastosowania regulacji o której mowa w art. 20 pkt 6 ustawy o odpadach. Dopuszcza on bowiem unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. W ocenie Izby Odwołujący w dostateczny sposób wykazał, że jedyna w województwie instalacja służąca do unieszkodliwiania odpadów medycznych nie ma mocy przerobowych wystarczających na spalanie wszystkich odpadów medycznych wytwarzanych na terenie województwa. Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym podczas rozprawy, że oświadczenie Szpitala X ma większą moc dowodową, aniżeli pisma z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Y z dnia 18 stycznia 2022 r., 30 marca 2022 r. i 15 lutego 2023 r. Z przedstawionym pism jednoznacznie wynika, że spalarnia w Z nie ma mocy przerobowych, które pozwalałyby na unieszkodliwianie wszystkich odpadów medycznych wytwarzanych na terenie województwa.

(...). Gdyby przyjąć interpretację wyjątku zawartego w art. 20 pkt 6 ustawy o odpadach prezentowaną przez Zamawiającego, oznaczałoby to, że w każdym postępowaniu na terenie województwa Y, w którym jako wykonawca będzie występował Szpital X będzie miał on monopol na uzyskanie zamówienia. Na marginesie Izba wskazuje, że sam Zamawiający podczas rozprawy przyznał, że nie ma on wpływu na brzmienie przepisów, ale monopol w tym przypadku nie jest dobrym zjawiskiem, ponieważ wówczas ponosi on znacznie większe koszty związane z utylizacją odpadów.

**147. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1805/23**

Okolicznością istotną w sprawie i rozstrzygającą jest fakt, iż opisane przez zamawiającego parametry techniczne kupowanego sprzętu zostały podane na minimalnym, wymaganym poziomie, których spełnienie odpowiadać ma oczekiwaniom zamawiającego. Odwołujący zaś, swoją argumentacją próbuje przekonać, iż opis dokonany przez zamawiającego wymuszał na wykonawcach zaoferowanie sprzętu w oparciu o maksymalne parametry jaki dany sprzęt może osiągnąć (powołując w tym zakresie stosowne dowody). Jednakże odwołujący całkowicie pomija okoliczność, iż oferowany przez przystępującego sprzęt w ustalonej przez siebie (przystępującego) konfiguracji osiąga maksymalną wydajność pracy, która wymagana była przez zamawiającego. Fakt, iż wydajność takiego sprzętu może być wyższa jest niesporna. Jednakże przedmiotem zamówienia nie był taki sprzęt. Zamawiający opisując wymagane przez siebie parametry przewidział bowiem możliwość rozbudowania kupowanych przez siebie urządzeń, ale dopiero na późniejszym etapie – przyszłym i niepewnym. Tym samym przedmiotem oferty było przedstawienie zamawiającemu takiej konfiguracji sprzętu, która osiąga maksymalne wydajności pracy przy pełnym obciążeniu. Oznacza to, że przedmiotem oceny jest sprzęt (urządzenia) zaoferowany w tym konkretnie postępowaniu, a nie sprzęt maksymalnie wyposażony w określonej dopuszczalnej przez producenta konfiguracji. Tym samym budowanie argumentacji odwołania o maksymalne parametry sprzętu jakie może on osiągnąć w oparciu o dane producenta z pominięciem faktycznej treści oferty i jej przedmiotu, stanowi podstawę do uznania zarzutów za niezasadne.

**148. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23**

W świetle treści art. 7 pkt 29) Pzp (...) oczywistym jest, że postanowienie specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określające co powinna zawierać cena jednostkowa podana w ofercie wykonawcy stanowi warunek zamówienia w rozumieniu tego przepisu. Nie było przy tym sporne, że pkt 26.3 SWZ ma zastosowanie do cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną w Postępowaniu oraz że ceny te „stanowią” treść oferty.

W ocenie Izby z treści zawartego w tym postanowieniu sformułowania „cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności: - robocizna bezpośrednią, - wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu - wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy. (...)” wynika, że każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną w Postępowaniu musi uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową), w tym koszty robocizny i koszty pracy sprzętu; na marginesie

wyłącznie można wskazać, że każda z tych cen musi także uwzględniać (rzecz jasna w części) koszty ogólne (których poniesienie jest konieczne w celu wykonania zamówienia, ale nie będące kosztami ponoszonymi w celu wykonania poszczególnych prac), zysk i podatki (z wyłączeniem podatku od towarów i usług).

Wobec powyższego cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” musiała uwzględniać - w przeliczeniu na jednostkę obmiarową - koszty robocizny i sprzętu, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”.

W konsekwencji w sytuacji, gdy koszty robocizny i sprzętu, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną” nie były uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1, występowała niezgodność pomiędzy treścią tej oferty a warunkiem zamówienia wynikającym z pkt 26.3 SWZ.

#### **Art. 226 ust. 1 pkt 7**

#### **149. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 811/23**

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt: nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01).

Izba wskazuje także, że określone zachowanie przedsiębiorcy, noszące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, powinny być najpierw zbadane w świetle przesłanek określonych w art. 5-17g UZNK, gdzie owe czyny zostały stylizowane, a następnie poddane ocenie według przesłanek określonych w art. 3 ww. ustawy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że uznanie konkretnego czynu za akt: nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym (tak też w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 listopada 2014 r., sygn. akt: I ACa 479/14). Powyższe oznacza, że aby działanie przedsiębiorcy mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, to muszą być kumulatywnie spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze działanie przedsiębiorcy musi być podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą. Po drugie czyn przedsiębiorcy musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Po trzecie działanie przedsiębiorcy musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.



Wskazać należy także, że aby zakwalifikować dany czyn jako czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 14 ust. 3 pkt 2 UZNK nie wystarczy stwierdzić, że dany przedsiębiorca nie uzyskał wymaganego prawem atestu, ale ustalić, że dany przedsiębiorca rozpowszechniał nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o tym, że posiada atesty, których w rzeczywistości nie uzyskał.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy, zauważyć należy, że odwołujący wskazywał, że złożone przez X w postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe wypełniają znamiona czynów nieuczciwej konkurencji z art. 3, art. 5 oraz art. 14 ust. 3 pkt 2 UZNK. O powyższym świadczyć miały następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że złożone w przedmiotowym postępowaniu atesty badań wytrzymałościowych w zakresie bezpieczeństwa użytkowania wystawione zostały przez Laboratorium Y. Wskazał, iż zgodnie z załączonym do niniejszego pisma wydrukiem z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, przeważającą klasą działalności gospodarczej prowadzonej przez niej przedsiębiorstwa jest działalność związana z doradztwem w zakresie informatyki (kod PKD 62.02.Z). Rodzi to więc wątpliwość wobec rzetelności przedłożonych środków dowodowych. Ponadto, podawał w wątpliwość również fakt, iż wskazane w nagłówku atestu oznaczenie laboratorium, które badanie wykonało, łudząco przypomina działające od wielu lat na rynku inne przedsiębiorstwo, które to w jego ocenie przeprowadza rzetelne badania za zgodność z aktualnymi normami. Powyższe w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może być podstawą dla oceny, że doszło do naruszenia przepisów UZNK. Zauważyć należy, że atest jest dokumentem stwierdzającym, że dany produkt spełnia obowiązujące normy i może być dopuszczony do sprzedaży. Atesty są dokumentami wystawianymi przez określone instytucje państwowe, ale także przez podmioty prywatne. Co istotne sam dokument nie musi być sporządzony według określonego wzoru i nie ma w tym zakresie żadnych przepisów, które regulowałyby kwestie jak winien taki dokument wyglądać, w tym jaka powinna być jego szata graficzna. Za bezpodstawne należy zatem uznać zarzuty odwołującego, który kwestionował przedłożone w postępowaniu dokumenty tylko z tego powodu, że jak twierdził szata graficzna dokumentów oraz wielki napis Y upodabnia te dokumenty do wystawianych przez inne laboratorium, które funkcjonuje pod tą nazwą od ponad 30 lat, a nazwa ta widnieje w dokumentach rejestrowych firmy. Jako, że nazwa ta nie została zastrzeżona w żaden sposób prawem przewidziany, z kolei sam wygląd dokumentu może być dowolny - nie sposób czynić z tego powodu zarzutów X, który nimi się posługuje.

To z kolei, że przeważająca działalność firmy wystawiającej atesty sprowadza się do doradztwa w zakresie informatyki jest okolicznością bez znaczenia w tej sprawie, nie przesądza bowiem o tym, że atesty te zawierają w swojej treści nieprawdziwe informacje. Dodatkowo, jak zauważył zamawiający w piśmie - odpowiedzi na odwołanie, zweryfikował powyższe dane i ustalił, że w CEIDG tej firmy, w zakresie PKD widnieje także kod 72.19 - Badania naukowe i prace rozwojowe

w dziedzinie pozostałych nauk przyrodniczych i technicznych, co daje uprawnienia temu podmiotowi do wystawiania atestów.

Ponadto odwołujący kwestionował prawdziwość i rzetelność przedłożonych przez X przedmiotowych środków dowodowych wskazując na nieścisłości, które pojawiły się w nagłówku jednego z atestów (odniesienie do nazwy „firmy Z”), a także powiązania osobowe pomiędzy wystawiającym atesty a wykonawcą X. Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, nie przesądzają jednak o tym, że wyniki uzyskanych badań są nieprawdziwe, czy też nie zostały w ogóle przeprowadzone, a wykonawca posługując się nimi czyni to z zamiarem wprowadzenia w błąd. Odwołujący wskazywał jedynie wątpliwości, które powziął on po analizie treści dokumentów, nie wykazał jednak, co w niniejszej sprawie jest konieczne aby przedmiotowe zarzuty Izba uwzględniła, że przedłożone w toku postępowania atesty są nieprawdziwe.

### **150. Wyrok z dnia 17 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1246/23**

W ocenie Izby działanie polegające na podaniu we własnej ofercie nieprawdziwych informacji na temat zaoferowanego produktu jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zostało podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty zarówno w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 i 14 ust. 1 i 2 u.z.n.k. i jako takie stanowi podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami. Sprzeczność z dobrymi obyczajami, na które wskazuje się np. w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt: III CKN 271/01 to działanie, które może prowadzić do znieszczenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W ocenie Izby nie budzi także wątpliwości fakt: zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 14 ust. 1 i 2 u.z.n.k., polegających na rozpowszechnieniu nieprawdziwej informacji na temat oferowanego produktu (rozszywacz z blokadą 203) w celu przysporzenia korzyści polegających na uzyskaniu zamówienia publicznego.

### **151. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1287/23**

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego X, że zarzut jest niezasadny już tylko z tego powodu, że Zamawiający nie przewidział w SWZ fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, dotyczących przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Przystępujący argumentował, że ww. przepisy stanowią *lex specialis* wobec określonego w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *lex generali*. W oce-

nie Izby przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby do faktycznego wyłączenia art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, do czego nie ma podstaw. Odrzucenie oferty z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest niezależne od zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji, a zakres zastosowania tych przepisów nie jest identyczny. Nie sposób zaakceptować poglądu, że wykonawca popełniający czyn nieuczciwej konkurencji nie może zostać wyeliminowany z postępowania z tego powodu, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, mimo że działania wykonawcy wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

### **152. Wyrok z dnia 15 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1573/23**

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. (...) Co do „dobrych obyczajów” brak definicji ustawowej powodować może problemy przy podjęciu próby doprecyzowania tego pojęcia. Pojęcie „dobrych obyczajów” nabiera określonego normatywnego znaczenia dopiero w konkretnych sytuacjach, a więc przy indywidualizacji normy prawnej. (...) Poszukując zatem treści pojęcia dobrych obyczajów i ustalając, czy określony czyn stanowi ich naruszenie, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności danego przypadku, w szczególności cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r., w sprawie o sygn. akt III CKN 213/01, niepubl.). (...) Odwołujący musi wykazać, jaki dobry obyczaj został naruszony oraz, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagrażało lub naruszyło jego interes. Zastosowanie klauzuli generalnej wymaga spełnienia wszystkich przesłanek.

### **Art. 226 ust. 1 pkt 8**

### **153. Wyrok z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 14/23**

Zasada proporcjonalności objawiająca się porównywalnością złożonych ofert wyklucza bowiem możliwość przyjęcia dowolnego, niczym nieograniczonego założenia przychodów po stronie dowolnego wykonawcy. Akceptacja takiego stanowiska prowadzi bowiem do sytuacji, w której wykonawca, do swoich kalkulacji przyjmuje założenia nieadekwatne do wyliczeń jakie w tym zakresie podał zamawiający wszystkim wykonawcom, tym samym powodując nierówne traktowanie wykonawców. Zamawiający dochowując zasadzie przejrzystości, przekazując swoją wiedzę i założenia na równym poziomie wszystkim wykonawcom dał

bowiem wyraz swojego zapatrywania na sposób kalkulacji ceny ofertowej, tak aby każdy wykonawca przyjmując takie same założenia przychodów mógł złożyć ofertę konkurencyjną. Tymczasem odwołujący w ramach swojej kalkulacji przyjął poziom przychodów, który oparty był na założeniach przyszłych i niepewnych, nie wynikających z obecnie obowiązujących przepisów ogólnych, jak i prawa miejscowego. Założenia, które przyjął do swoich wyliczeń odwołujący dawały odwołującemu pewnego rodzaju przewagę konkurencyjną wynikającą z faktu przewidzenia zwiększonego przychodu za okres świadczenia usługi, co z kolei spowodowało możliwość obniżenia wskaźnika będącego kryterium oceny ofert. Jednakże nie takie były warunki zamówienia w odniesieniu do których należało ustalić cenę, albowiem przyjmując stanowisko odwołującego za zasadne, każdy wykonawca mógłby dokonać kalkulacji wynagrodzenia i kosztów w sposób dowolny, według własnych preferencji, pomijając czynniki obiektywnie mające wpływ na te wielkości, a stwierdzenie rażąco niskiej ceny przez zamawiającego w takim przypadku nie byłoby w zasadzie w ogóle możliwe. (...) Jak słusznie wskazał przystępujący, w branży obsługi ogólnodostępnych parkingów miejskich (stref płatnego parkowania) poza elementami kosztowymi, szczególnie istotnym elementem wpływającym na wysokość cen składanych ofert jest przyjęcie odpowiedniej, realistycznej polityki przychodowej, opartej o aktualne stawki opłat za parkowanie w danej gminie, określone w obowiązującej uchwale Rady Gminy (akcie prawa miejscowego). Wynika to z faktu, że cena w tego typu postępowaniach jest wyrażona jako procent od całkowitej wartości opłat wnoszonych przez kierowców w strefie płatnego parkowania (prowizja). Przychód przyjęty przez wykonawcę ma bezpośredni wpływ na cenę oferty i powinien wynikać bezpośrednio z realnego przychodu strefy płatnego parkowania opartego o obowiązujące stawki opłat w strefie płatnego parkowania. Nie jest bowiem dopuszczalne przyjmowanie na potrzeby składanej w postępowaniu oferty, założeń przychodowych oderwanych od obecnie obowiązujących stawek opłat za parkowanie czy też przyjmowanie określonych założeń co do wzrostu tych stawek w przyszłości, Należy podkreślić, że stawki opłat w strefie płatnego parkowania nie zależą bowiem od woli wykonawcy, ale od polityki danej gminy w tym zakresie oraz podejmowanych w tym zakresie uchwał. Wbrew twierdzeniom odwołującego, jedyne prognozowane przychody, które mogą zostać wzięte pod uwagę podczas procesu oceny ofert to te oparte o historyczne dane zamawiającego, a nie bazujące na zdarzeniach przyszłych, niepewnych i będących poza jakąkolwiek kontrolą wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wzrost stawek za parkowanie w SPP i/lub rozszerzenie granic SPP w X jest zdarzeniem przyszłym, pewnym i które z pewnością i ponad wszelką wątpliwość nastąpi. Odwołujący nie może także tych okoliczności realnie udowodnić, gdyż ww. uchwały Rady Miasta nie zostały podjęte - nie istnieją w obrocie prawnym. Nie mogą zatem stanowić sprawdzalnych, weryfikowalnych podstaw do oceny składanych przychodów odwołującego

**154. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23,  
KIO 743/23, KIO 745/23**

Dokonując oceny wyjaśnień i ceny oferty X, Izba wzięła pod uwagę zarówno formułę postępowania „zaprojektuj i wybuduj” jak i narzucony przez Zamawiającego w SWZ sposób wyceny oferty. Formuła postępowania, czego zdaje się nie dostrzegać Odwołujący X, przerzuca na wykonawców całokształt obowiązków związanych z prawidłowym oszacowaniem oferty. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 3.02.2022 r., sygn. akt: KIO 147/22, iż formuła zamówienia określona jako „zaprojektuj i wybuduj” daje tę przewagę wykonawcom, że w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację, w tym w szczególności PFU, wykonawca ma swobodę w takim ukształtowaniu oferty, że układ kalkulacji poszczególnych elementów wyceny pozycji ofertowych jest ustalany w oparciu o indywidualne właściwości przypisane danemu wykonawcy. To wykonawca w oparciu o swój potencjał, know-how, kontakty biznesowe oraz współpracę z innymi podmiotami na rynku - ma pełną wiedzę o możliwościach realizacji danego zamówienia za określoną kwotę. Projekt biznesowy, jakim z całą pewnością jest realizacja zamówienia publicznego, wymusza na wykonawcach wzięcie pod uwagę osiągnięcie godnego zysku, z takim założeniem jest bowiem prowadzona działalność gospodarcza. Formuła „zaprojektuj i wybuduj” powoduje jednocześnie, iż szczegółowe rozwiązania w zakresie przedmiotu zamówienia będą się kształtować dopiero po zawarciu umowy. (...)

Biorąc pod uwagę, że dokument stanowiący podstawę opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wyznacza *de facto* oczekiwane standardy, a nie określa ostatecznych rozwiązań, trudno oczekiwać, iż wykonawcy w wyjaśnieniach będą w stanie przedstawić szczegółowe rozwiązania. Na tym etapie można mówić o pewnych założeniach co do sposobu realizacji zamówienia. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, na co powoływał się również Zamawiający, iż w PFU dopuścił możliwość proponowania optymalizacji konkretnych rozwiązań projektowych.

**155. Wyrok z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1145/23**

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii rażąco niskiej ceny, na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem zarzutu jest wyłącznie cena zaoferowana przez Konsorcjum X za zamówienie opcjonalne, Odwołujący nie sformułował natomiast zarzutów dotyczących ceny całkowitej. Co prawda w odwołaniu na marginesie Odwołujący wskazał, że także wycena zamówienia podstawowego obarczona jest licznymi błędami, jednak nie zdecydował się jej kwestionować. W tej sytuacji Odwołujący powinien wskazać wpływ wyceny opcji na całkowitą cenę oferty. O ile nie ulega wątpliwości, że cena za wykonanie zamówienia opcjonalnego mogła być przedmiotem wyjaśnień i badania, to jej wpływ na cenę całkowitą nie pozostaje bez znaczenia. Jeśli bowiem wycena określonego elementu zamówienia nie ma takiego znaczenia, że czyni całkowitą cenę ofertową nierealną, to trudno mówić

o rażąco niskiej cenie. Znaczenie tego kwestionowanego elementu dla ceny ofertowej powinien wykazać Odwołujący, czego nie uczynił.

**156. Wyrok z dnia 29 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1334/23,  
KIO 1335/23**

W okolicznościach niniejszej sprawy kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutów było dokonanie oceny czy w świetle treści Wezwania Wyjaśnienia złożone w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 uznać należało za wystarczające, biorąc pod uwagę wyartykułowane w nim oczekiwania zamawiającego. Na tak postawione pytanie należało odpowiedzieć twierdząco, a w konsekwencji należało uznać, że zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Rację ma odwołujący, który zauważył, że w myśl tego przepisu odrzucenie oferty możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca czy to ignoruje treść wezwania lub jego część, nie udziela odpowiedzi na zadane przez zamawiającego, konkretnie sformułowane pytania, czy też składa wyjaśnienia oderwane od tego, czego oczekuje od niego zamawiający. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Skład orzekający uznał, że na tak sformułowane wezwanie wykonawca X odpowiedział, przedstawiając szczegółowe wyliczenia, prezentując je w sposób, jaki wydał mu się odpowiedni, biorąc pod uwagę jego dotychczasową praktykę związaną z udzielaniem wyjaśnień, jak też doświadczenie w realizacji tożsamyh usług. I tak, odniósł się do wszystkich kwestii, które poruszył zamawiający w treści Wezwania, opisał w jaki sposób zbudowana i skalkulowana została jego cena ofertowa, przedstawił szczegółowe wyliczenia, odnoszące się do każdej z pozycji TER, wskazał te aspekty, które pozwoliły mu na obniżenie ceny do poziomu, który określił w ofercie, w końcu też poparł powyższe dowodami. Nie sposób zatem twierdzić, jak wskazuje zamawiający, że złożone wyjaśnienia, w kontekście treści skierowanego przez niego zapytania są niewystarczające, nie odpowiadają wymogom określonym w przepisach ustawy Pzp, wskutek czego, że ich ocena powinna skutkować uznaniem, że oferta złożona przez odwołującego w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

(...) Izba orzekając wzięła także pod uwagę, że zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego nie wskazał które to części składowe ceny czy też, że cała cena zostały wycenione na poziomie nierealistycznym, za które nie da się zamówienia wykonać. Nie powinno umykać uwadze zamawiającego, że celem podstawowym prowadzenia procedury badania ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny, opisanej w treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest ocena, czy za daną wartość możliwa jest realizacja zamówienia publicznego. Treść wyjaśnień ma służyć temu, aby zamawiający zweryfikował za jaką wartość dany wykonawca deklaruje zrealizowanie prac objętych przedmiotem postępowania, a dopiero w przypadku gdy stwierdzi, że za podaną cenę czy jej poszczególne składowe zamówienia nie da się wykonać - aby mógł takiego wykonawcę z postę-

powania wyeliminować. Tymczasem w prowadzonych postępowaniach zamawiający ocenił jedynie, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające w określonych, oczekiwanych przez niego aspektach, nie sprecyzował jednak w jaki sposób brak wyjaśnienia tych składowych wpływa na ocenę, że cena zaoferowana przez wykonawcę nosi znamiona rażąco niskiej czy też, że jest niezgodna z obowiązującymi przepisami.

Podobnie też zamawiający odnosi się w treści pism informujących o odrzuceniu ofert złożonych przez odwołującego do dowodów przez niego przedłożonych i załączonych do Wyjaśnień stwierdzając, że te które przedstawił w toku postępowania są niewystarczające czy też, że posiadają „nikłą wartość dowodową”. Zamawiającemu umyka jednak, że w treści Wezwania, w zakresie żądanych przez zamawiającego dowodów sformułował jedynie wymóg, iż na potwierdzenie danych przedstawionych przez odwołującego w Wyjaśnieniach żąda przedłożenia „wszelkich dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat obliczenia przez Państwa ceny zamówienia”. Tym samym zarówno dobór w zakresie sposobu prezentacji danych, jak też potwierdzających je dowodów, pozostawiono odwołującemu. W konsekwencji rację ma X, że dobór dowodów, dotyczących faktów i okoliczności przez niego przywołanych, na potwierdzenie przygotowanych przez niego kalkulacji, pozostawiono odwołującemu. Tym samym przedłożył on takie dokumenty, i dobrał je w taki sposób, aby poprzeć te twierdzenia i kalkulacje oraz wykazać ich rzetelność w takim zakresie, jaki wynikał z treści przedłożonych przez niego wyjaśnień. Jeśli zamawiający oczekiwał zatem, że wykonawca X w swoich wyjaśnieniach zaprezentuje na jakim poziomie wyliczył np. koszt soli to powinien ten element jednoznacznie wskazać w wezwaniu, a wykonawca w takim przypadku byłby zobligowany w piśmie odnieść się do tego w jaki sposób materiał ten skalkulował i przedłożyć dowody na poparcie tych danych. Z kolei jeśli takiego żądania nie było, a wykonawca nie stwierdził, że ten właśnie element w sposób szczególnie wpływa na możliwość obniżenia przez niego ceny ofertowej, nie uznał za stosowne tego elementu wyszczególnić, jak też przedstawić dowodów na poparcie, że ta pozycja została skalkulowana na rynkowym poziomie.

### **157. Wyrok z dnia 30 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1345/23**

Ocena złożonych wyjaśnień nie może abstrahować od specyfiki konkretnego zamówienia, jego stopnia skomplikowania oraz złożoności czynników kosztotwórczych oraz sytuacji rynkowej. Stopień skomplikowania takich zamówień, jak np. roboty budowlane czy prace projektowe albo specjalistyczne usługi informatyczne uzasadnia oczekiwanie od wyjaśnień innego stopnia szczegółowości, niż w przypadku zamówień takich, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie (czynności eksploatacyjnych urzędzeń oświetlenia drogowego), obejmujących wyspecjalizowane, ale jednocześnie stosunkowo proste czynności, na których cenę nie wpływają skomplikowane czynniki kosztotwórcze. W takich sytuacjach nawet określone braki wyjaśnień, które jednak nie powodują uzasadnionych wątpliwości

co do realności ceny, powinny być oceniane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, zwłaszcza jeśli ceny ofert złożonych w postępowaniu pozwalają stwierdzić, że cena będąca przedmiotem wyjaśnień nie odbiega od cen rynkowych.

Następnie wskazać należy, że jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny (który należy rozumieć jako ciężar wykazania, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzały prawidłowość ceny), stosownie do art. 537 pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwoływającego z obowiązku sformułowania konkretnych i precyzyjnych twierdzeń co do podstaw faktycznych podnoszonych zarzutów. Przepisu art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień.

W rozpoznawanej sprawie Odwoływający ograniczył się do ogólnej krytyki wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i przez wykonawcę X oraz do przedstawienia teoretycznych wywodów i licznych cytatów z orzecznictwa, nie sformułował jednak twierdzeń podważających realność ceny i nie zakwestionował konkretnych elementów wyceny. Odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów zauważyć należy, że każdym wyjaśnieniem złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia można wytknąć mniejsze lub większe niedoskonałości, jednak dopiero przełożenie ich na realność zaoferowanych cen może prowadzić do stwierdzenia obowiązku odrzucenia oferty. Odwoływający natomiast nie zakwestionował merytorycznie żadnej z cen jednostkowych zaoferowanych w zaskarżonych ofertach, trudno zatem uznać, że zaoferowane ceny całkowite są niewiarygodne i nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z przepisami oraz z wymaganiami Zamawiającego.

### **158. Wyrok z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1540/23**

Izba zważa, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac dokonuje analizy tego zakresu i określa swoje całkowite wynagrodzenie uwzględniając wszelkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty, natomiast ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należy-tym wykonaniu przysługującej umowy.

### **159. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1808/23**

W kontekście powyższego podnieść należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego z postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie wynikał obowiązek wskazania w wykazie osób wszystkich osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym również osób stanowiących np. personel pomocniczy, czy też posiadających niższe kwalifikacje niż personel kluczowy wymagany na potwierdzenie warunku (kierownik/koordynator projektu oraz dwóch ekspertów merytorycznych), a których potrzebę zaangażowania w wykonanie zamówienia dostrzegali



wykonawca. Zamawiający nie wskazał, z których zapisów SWZ wynikało, że liczba osób wskazanych w wykazie osób musiała odpowiadać liczbie osób podanej w kalkulacji. Lektura postanowień dokumentów zamówienia prowadzi do wniosku, iż obowiązkiem wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem niniejszego zamówieniem było wykazanie, że wykonawca dysponuje kluczowym personelem o kwalifikacjach i doświadczeniu określonym przez Zamawiającego w punkcie 4.1.5.2 SWZ oraz wykonanie zamówienia z udziałem osób wskazanych w wykazie zgodnie z brzmieniem § 11 ust. 1 PPU. Za wykładnią Zamawiającego nie przemawia także postanowienie § 6 ust. 6 PPU określające prawo odstąpienia przez Zamawiającego od umowy oraz zapłaty kary umownej przez wykonawcę w sytuacji powierzenia wykonania dzieła osobom niewskazanym w ofercie. Zdaniem Izby oczywistym jest, iż w praktyce realizacja danego zamówienia odbywa się przy udziale większej grupy osób, w skład której wchodzi nie tylko personel kluczowy wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, którego zaangażowania w realizację zamówienia wymaga zamawiający, ale i osoby wspierające, pomocnicze, pełniące pomniejszych funkcje, których udział wykonawca może uznać za niezbędny do prawidłowego wykonania zadania publicznego. Tym samym uwzględnienie personelu dodatkowego, ponad wymagane przez zamawiającego minimum, co do zasady nie stanowi dowodu na nierzetelne przygotowanie kalkulacji ofertowej.

Izba wskazuje, iż przyjęta przez Zamawiającego błędna wykładnia postanowień SWZ oparta na założeniu, że obowiązkiem wykonawcy było wskazanie w wykazie osób pełnego personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia, w tym osób niestanowiących *stricto* zespołu autorskiego dedykowanego do sporządzenia analizy objętej przedmiotem zamówienia, skutkowałą w następstwie błędnym wezwaniem Wykonawcy pismem z dnia 2 czerwca 2023 r. Zamawiający kierując do Odwołującego pytanie o treści „*dla czego w kalkulacji kosztów zostały uwzględnione osoby (tj. dodatkowy ekspert merytoryczny oraz pracownik wspierający), które nie będą realizować przedmiotu zamówienia, ponieważ nie zostały wskazane w wykazie osób?*” postawił dodatkowe, nieujęte w dokumentach zamówienia wymaganie, iż przedmiotowe zamówienie może być wyłącznie realizowane przez osoby ujęte w wykazie.

Nie może zatem dziwić, w kontekście powyższego pytania Zamawiającego, decyzja Odwołującego o usunięciu z kalkulacji dwóch dodatkowych osób, motywowana chęcią uczynienia zadość oczekiwaniom Zamawiającego, choć ich przedstawienie w kalkulacji było działaniem prawidłowym i zgodnym z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia. Jakkolwiek co do zasady wyjaśnienia w zakresie ceny oferty nie powinny być modyfikowane przez wykonawców w toku procedury, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, to jednak okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że dokonana przez Odwołującego zmiana kalkulacji ceny polegająca na usunięciu nadmiarowego kosztu osobowego i przesunięciu go do innych kategorii, nastąpiła pod wpływem nieuprawnionych czynności Zamawiającego, którymi nie może zostać obciążony Wykonawca. Zgodnie bowiem z ugruntowanym

w orzecznictwie Izby poglądem, zamawiający nie może obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami własnych uchybień, zaniedbań, jak też kierować do wykonawców żądań, które nie znajdują oparcia w dokumentach zamówienia.

### **Art. 226 ust. 1 pkt 10**

#### **160. Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 1/23**

W trakcie badania ofert zamawiający jest zobowiązany do zweryfikowania prawidłowości zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku VAT. W tym kontekście należało wskazać, że zamawiający dokonując weryfikacji prawidłowości zastosowanej przez wykonawcę stawki podatkowej, nie nabywa kompetencji czy też uprawnień właściwych dla organów kontroli skarbowej. Ocena prawidłowości zastosowanej przez wykonawcę stawki podatkowej podczas procesu badania ofert ogranicza się wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądza dalej idących konsekwencji prawnych, zwłaszcza na płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. ustalenia zamawiającego nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym. Podobnie Izba, na potrzeby rozstrzygnięcia odwołania wniesionego w związku z czynnością zamawiającego związaną z dokonaniem badania oferty wykonawcy pod kątem prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT lub zwolnienia od podatku, nie nabywa kompetencji lub uprawnień właściwych dla organu kontroli skarbowej, ale ocenia kwestionowaną w odwołaniu czynność zamawiającego pod kątem jej zgodności z przepisami Pzp. (...) Zamawiający prawidłowo wezwał odwołującego do złożenia szczegółowego wyjaśnienia zastosowania zwolnienia od podatku VAT. Zasadnie także uznał, że złożona przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie interpretacja indywidualna ILPP1/443 752/13-4/AI wydana przez Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 20 listopada 2013 r. zwana dalej jako: „interpretacja”, nie była dla niego wiążąca. W tym kontekście skład orzekający stwierdził, że okoliczność braku związania zamawiającego powyżej wskazaną interpretacją nie oznaczała, że dokument ten był nieprzydatny dla oceny prawidłowości zastosowanego przez odwołującego zwolnienia. (...). Ponadto tzw. przepisy ochronne, zawarte w art. 14k-14n Ordynacji podatkowej, dotyczą najogólniej rzecz biorąc, ochrony prawnej podmiotu, który zastosował się do wydanej na jego wniosek interpretacji indywidualnej. W przepisach tych zawiera się główne przesłanie, a więc cel i sens, wprowadzenia instytucji interpretacji podatkowych. Główną funkcją tych przepisów jest zagwarantowanie pewności prawnej, stabilnych reguł działania podatników w sferze podlegającej przepisom podatkowym oraz przede wszystkim uchronienie ich od negatywnych konsekwencji wynikających z możliwych zmian w wykładni tych przepisów przez organy podatkowe. Formalnym wyrazem tych gwarancji są właśnie uregulowania zawarte we wskazanych wyżej przepisach, które określają

przypadki i zakres udzielonej podatnikom ochrony w przypadku zmiany stanowiska organów podatkowych co do oceny prawnej zdarzeń przedstawionych we wnioskach o wydanie interpretacji podatkowych. Tym samym skoro interpretacje podatkowe mają zagwarantować pewność prawną, stabilność reguł działania podatników w sferze podlegającej przepisom podatkowym oraz przede wszystkim uchronić ich od negatywnych konsekwencji wynikających z możliwych zmian w wykładni tych przepisów przez organy podatkowe, to nie mogą zostać pominięte przez zamawiających przy badaniu oferty wykonawcy pod kątem zastosowania zwolnienia od podatku

### **161. Wyrok z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 94/23**

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty”. Z powyższego jednoznacznie wynika zatem, że badanie oferty wykonawcy w kontekście błędu w obliczeniu ceny, w odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT, który stanowi element cenotwórczy, związane jest z badaniem przyjęcia przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT. Dlatego też w pierwszej kolejności należy ustalić jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT. Niespornym pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było to, że instalacja gazów medycznych, która została objęta również tym zamówieniem i wskazana w programie funkcjonalno - użytkowym jest wyrobem medycznym, a tym samym zgodnie z art. 41 ust 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towaru i usług (tj. z dnia 7 kwietnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 931) dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z żywnością (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4. Przy czym w roku 2023, zgodnie z ww. ustawą, z art. 146 ust. 1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust. 4, wynosi 23%; 2) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3, wynosi 8%. Na podstawie Załącznika nr 3 wiadomym jest, że obniżoną stawką podatku VAT (8%) opodatkowane są: Wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie

wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz.Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), oraz wyroby medyczne do diagnostyki in vitro i wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylecia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz.Urz. UE L 117 z 05.05.2017, str. 176, z późn. zm.), dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. (...) W ocenie Izby, mając na uwadze to, że „świadczenie kompleksowe” z poziomu podatkowego nie jest zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, a jego wykładnia kształtowana jest w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz orzecznictwo sądów polskich kluczowym w ramach tego postępowania było ustalenie czy świadczenie objęte przedmiotem zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe czy też świadczeniem kompleksowym nie jest. Ma to ten skutek, że w przypadku stwierdzenia, że świadczenie objęte zamówieniem można uznać za świadczenie kompleksowe to w konsekwencji stawkę podatku VAT określa się na zasadach właściwych dla świadczenia głównego. Natomiast w przypadku, gdy świadczenia nie można uznać za kompleksowe to niezbędne jest stosowanie stawek podatku, określonych dla danych świadczeń (czynności) właściwych tym świadczeniom. Ponieważ postępowanie odwoławcze przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, to po stronie wykonawcy kwestionującego czynności Zamawiającego pozostaje obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący powinien był dowieść, kwestionując zastosowanie przez ww. wykonawców podstawowej stawki podatku VAT (23%), że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia nie może być traktowane jak świadczenie kompleksowe, co w efekcie pozwoliłoby na stwierdzenie o przyjęciu do kalkulacji ceny niewłaściwej stawki podatku VAT, a w konsekwencji do wypełnienia przesłanek z art. 226 pkt 10 ustawy. (...) Nadmienić należy w tym miejscu, że zgodnie z orzecznictwem i doktryną przedmiotu w zakresie świadczeń kompleksowych sam fakt: zakwalifikowania czynności jako świadczenie kompleksowe nie wyklucza opodatkowania tych świadczeń różnymi stawkami podatku VAT, w tym obniżoną stawką podatku VAT. Oznacza to, że zastosowanie różnych stawek podatku VAT – tak jak zrobił to Odwołujący – nie jest błędem ale jednocześnie nie potwierdza tego, że instalacja gazów medycznych w ramach przedmiotowego postępowania nie stanowi świadczenia pomocniczego i że nieprawidłowe było przyjęcie przez wykonawców podstawowej stawki podatku VAT.

**162. Wyrok z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 268/23,  
KIO 270/23**

W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący X wykazali natomiast, iż przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe. W sytuacji, gdy poszczególne wy-

mienione w nim elementy muszą być ściśle zintegrowane ze świadczeniem głównym, stanowiąc system, który nie ma charakteru standardowego towaru dostępnego w obrocie i tylko jako całość leży w sferze zainteresowania Zamawiającego, należy uznać, że rozdzielanie elementów tego systemu dla potrzeb opodatkowania VAT ma charakter sztuczny. Jakkolwiek uregulowanie przez Zamawiającego, że odbiór dotyczy całego przedmiotu zamówienia, że nie jest zainteresowany odbiorem częściowym, nie może być uznane za definitywne przesądzenie o braku odrębności świadczeń, to jednak niewątpliwie wskazuje, że dla Zamawiającego zamawiane oprogramowanie ma znaczenie tylko wraz np. z nośnikami, a zatem wskazuje, że jeden element składowy zamówienia nie może być wykonany bez pozostałych. W sytuacji bowiem, jak w analizowanej sprawie, gdy przedmiot zamówienia obejmuje kilka świadczeń na rzecz tego samego podmiotu, które są ze sobą powiązane tak, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą jedną całość, którą jedynie sztucznie można byłoby podzielić na poszczególne elementy dla celów VAT, to występuje tzw. świadczenie kompleksowe.

### **163. Wyrok z dnia 18 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1233/23**

Izba dostrzegła, że odwołanie sprowadza się w swojej istocie do kwestionowania prawa zamawiającego do wskazania w SWZ stawki (stawek) podatku VAT, za pomocą których wykonawcy mają obliczyć cenę oferty. Odwołujący bowiem stoi na stanowisku, że podmiotem wyłącznie uprawnionym do określenia stawki podatku VAT jest wykonawca, stąd zamawiającemu nie wolno jest wskazać w dokumentach zamówienia stawek podatkowych. Izba nie podziela tego stanowiska. Żaden przepis ustawy nie zakazuje zamawiającemu podania stawki podatku, co więcej to zamawiający jest zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający skalkulowanie ceny ofertowej. Przepis art. 99 ust. 1 ustawy wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym to zamawiający ustala jakie czynności wchodzi w zakres zamówienia, a z kolei ten zakres przedmiotowy zamówienia przekłada się na ustalenie, jaka stawka podatku od towarów i usług będzie miała zastosowanie. Co więcej zamawiający powinien wiedzieć, jaką stawkę podatku zastosować do opisanego przez niego przedmiotu zamówienia, skoro jest zobligowany skontrolować poprawność obliczenia ceny ofertowej i badać oferty pod kątem przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 tj. błędu w obliczeniu ceny. Nadto, aby umożliwić zamawiającym taką kontrolę ustawodawca w ordynacji podatkowej umożliwił zamawiającym występowanie o uzyskanie interpretacji indywidualnej, jak i wiążącej informacji stawkowej. Konsekwentnie, jeśli zamawiający zna stawkę podatku mającą zastosowanie do zamawianego przez niego przedmiotu i ma obowiązek określenia w SWZ sposobu obliczenia ceny oferty – art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy, to ma prawo wskazać tę stawkę w SWZ w celu ułatwienia wykonawcom kalkulacji

oferty. Prawo zamawiającego do wskazania stawki VAT w ofercie jest akceptowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Sądu Prawa Zamówień Publicznych i Izby. (...)

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny (...) nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako elementu kształtującego określoną w ofercie wysokość ceny, było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu (...) oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny zakłada przecież wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. (...)

Zamawiający w ocenie Izby określając, jakie usługi stanowią przedmiot jego zamówienia, a jakie nie i jak należy je kwalifikować pod kątem stawki podatku VAT, nie dokonał oceny ofert przed ich złożeniem, ani nie preferuje żadnego z wykonawców. Zamawiający udzielił wyjaśnień na zadane pytania, do czego jest zobligowany z mocy art. 135 ust. 2 ustawy. Zamawiający wyjaśnił wątpliwości wykonawców związane z opisem przedmiotu zamówienia i jego zakresem i potwierdził, że w ten opis nie są, w jego ocenie, włączone usługi przy pacjencie, dodatkowo wyjaśnił, bo wprost dotyczyły tego zapytania, jaka stawka podatku od towarów i usług ma zastosowanie do opisanego przez niego przedmiotu zamówienia.

#### **164. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1390/23**

Zauważyć należy, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Błąd w obliczeniu ceny skutkuje odrzuceniem oferty, jeżeli nie może on zostać naprawiony w trybie dozwolonym ustawą Pzp, tj. jako oczywista omyłka rachunkowa lub inna omyłka niepowodująca niezgodności z treścią warunków zamówienia. Jeżeli natomiast w toku badania ofert zamawiający stwierdzi nieprawidłowości w ofercie polegające na niezastosowaniu się przez wykonawcę do obowiązujących przepisów odrębnych lub wytycznych zamawiającego zawartych w SWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty, co ma wpływ na wycenę oferty, to oferta podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, dopuszczalność wyceny przez wykonawcę jednego z elementów zamówienia za 0 zł, należy oceniać, biorąc pod uwagę dany stan faktyczny i konkretne okoliczności - mając na uwadze treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tej sprawie nie budzi wątpliwości fakt, że w świetle treści SWZ, Zamawiający wymagał jednoznacznie rozbicia ceny ofertowej w Formularzu ofertowym na trzy elementy składające się na przedmiot zamówienia, wymagał realnej wyceny przez wykonawcę dostawy urządzenia, usługi montażu/installacji urządzenia oraz usługi przeszkolenia pracowników. Jak Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, wymagał on podziału ceny oferty na poszczególne jej elementy i wyceny dostawy instalacji, montażu i szkolenia pracowników, co było istotne z uwagi na dofinansowanie na zakup urządzeń, przy czym dofinansowanie to może dotyczyć jedynie środków trwałych.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Odwołujący wycenił każdy element składowy zamówienia, tj. wszystkie pola tabeli dla części, na którą złożył ofertę oraz, że bez znaczenia przy tym pozostaje fakt, iż w niektórych polach podana została cena „0,00 zł”, gdyż wypełnienie poszczególnych pól tabeli wciąż stanowi wycenę w kontekście definicji zawartej w art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, do której odsyła art. 7 pkt 1 Pzp. Jak słusznie wskazał sam Odwołujący, zgodnie z przedmiotową definicją przez „cenę” należy rozumieć „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”, przy czym „w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym”.

W ocenie Izby, złożona przez Odwołującego oferta, której elementami składowymi są usługi wycenione na 0,00 zł nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności w opisie sposobu obliczenia ceny. Zamawiający wymagał, aby każda z trzech pozycji składowych przedmiotu zamówienia została wyceniona. Zatem, każda z tych pozycji powinna spełniać definicję ceny, tj. powinna być wyrażona w pieniądzu i rodzić zobowiązanie do zapłaty. Tymczasem Odwołujący nie podał w Formularzu oferty wartości dwóch świadczeń w miejscach do tego wyszczególnionych, lecz, według jego wyjaśnień złożonych na rozprawie, uwzględnił je w cenie dostawy urządzenia tj. w pozycji pierwszej tabeli.

(...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to Zamawiający określa warunki (standardy), do których wykonawca ma obowiązek się dostosować, gdyż naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty. Specyfikacja formułuje warunki konstruowania oferty, w tym sposób wyceny poszczególnych elementów zamówienia, które w równym stopniu obowiązują wszystkich wykonawców. Jeżeli w warunkach zamówienia przyjęto, że dana usługa ma być wyceniona odrębnie od innych zakresów zamawianych świadczeń, to dotyczy to w jednakowym stopniu wszystkich wykonawców. Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, że Odwołujący zaoferował

za realizację dwóch elementów przedmiotu zamówienia cenę w wysokości 0,00 zł. W ocenie Izby, w sytuacji kiedy Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał w SWZ podania ceny ofertowej jako sumy trzech elementów zamówienia (oddzielnie wycenionych), to każdy z tych elementów składowych winien być prawidłowo wyceniony. Odwołujący nie wycenił wszystkich elementów składowych ceny oferty, tj. w miejscu cen jednostkowych za dostawę, montaż/installację i szkolenie z obsługi urządzenia wpisał „0,00 zł”. Tym samym Zamawiający był uprawniony do uznania, że wykonawca nie wycenił prawidłowo całego zakresu zamówienia.

### **165. Wyrok z dnia 10 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1585/23**

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp mamy również do czynienia wtedy, gdy doszło do błędów co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Inaczej, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkuluje w niej czynności/materiały, które nie są objęte przedmiotem zamówienia (czyli wykonawca przyjmuje niewłaściwe dane) - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Co za tym idzie dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędów, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna. (...) W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić.

### **Art. 226 ust. 1 pkt 12**

### **166. Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 249/23**

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że upływ terminu związania ofertą nie oznacza automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający wezwał wprawdzie do przedłużenia tego terminu pismem z 22 listopada 2022 r., jednakże nie wskazał żadnej daty, do kiedy odwołujący winien ten termin przedłużyć. Nie może zatem wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który samodzielnie ocenił, że wystarczającym terminem na zakończenie postępowania i zawarcie umowy będzie 28 grudnia 2022 r.

Ponadto, przepisy znowelizowanej ustawy Pzp, nie zakazują zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą nawet w przypadku, kiedy termin związania ofertą



już upłynął. W myśl art. 252 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wzywa w takim wypadku wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do wyrażenia przez niego zgody na wybór jego oferty, we wskazanym przez zamawiającego terminie. Dopiero w przypadku braku wyrażenia takiej zgody, ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o przywołany przez zamawiającego przepis.

Skoro zatem zamawiający nie wystąpił do odwołującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na zawarcie umowy, nie dał mu możliwości wypowiedzenia się czy wolę taką wyraża, czy też nie - nie zaszyły też przesłanki do odrzucenia jego oferty.

### **Art. 226 ust. 1 pkt 14**

#### **167. Wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 279/23**

Skład orzekający uznał, iż przekazanie Zamawiającemu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium po upływie wskazanego w treści gwarancji terminu ważności należało uznać za brak utrzymania ważności wadium w postępowaniu przetargowym. W ocenie składu orzekającego nie można pominąć faktu, iż dla uznania iż oferta pozostawała zabezpieczona wadium również w wydłużonym terminie związania, koniecznym było poinformowanie Zamawiającego o fakcie przedłużenia ważności wadium przed upływem terminu wskazanego w treści gwarancji. Tylko wówczas czynność oceny oferty może być przeprowadzona w zgodzie z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Przyjęcie stanowiska Odwołującego, które zasadniczo sprowadzało się do wykazania jako wystarczającego dla uznania, iż doszło do wydłużenia okresu ważności wadium ustalenie, iż nie doszło faktycznie do przerwania zabezpieczenia, oznaczałoby całkowite pominięcie znaczenia, jakie w procedurze o udzielenie zamówienia mają zasady wnoszenia wadium.

#### **168. Wyrok z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 669/23**

W ocenie Izby wniesione przez Przystępującego wadium nie zabezpiecza należyście interesów Zamawiającego, umożliwiając uchylene się poręczyciela od zapłaty sumy poręczenia w przypadkach, w których zgodnie z ustawą Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium. Wynika to z faktu, że dokument poręczenia przewiduje wygaśnięcie wadium w sytuacjach, które w świetle ustawy takim wygaśnięciem skutkować nie mogą, a które stanowią jedynie podstawę do zwrotu wadium. (...)

Przede wszystkim podkreślić należy, bezpodstawne jest utożsamianie zwrotu wadium z wygaśnięciem wadium. Złożenie wniosku o zwrot wadium w świetle przepisów ustawy powoduje obowiązek jego zwrotu. Zamawiający powinien tego dokonać niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku (art. 98 ust. 2 ustawy Pzp), składając poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp). Zwolnienie wadium nie następuje zatem

automatycznie z chwilą złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego dokonanej w ustawowym terminie. W uzasadnieniu do Rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk nr 3624) wskazano, że co do zasady zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu. Zgodnie natomiast z art. 508 Kc zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje.

Tymczasem przedstawiony przez Przystępującego dokument poręczenia przewiduje, że złożenie wniosku o zwrot wadium spowoduje jego wygaśnięcie, co nie tylko jest niezgodne z regulacją ustawową, ale może w praktyce prowadzić do skutecznego uniemożliwienia Zamawiającego dochodzenia roszczeń z tytułu wadium. Jak słusznie wskazał Odwołujący, przykładem tego jest sytuacja, w której wykonawca w sposób umyślnie nie przedkłada podmiotowych środków dowodowych, chcąc zrezygnować z udziału w postępowaniu, a następnie, wyprzedzając odrzucenie oferty i zatrzymanie wadium składa wnioski o jego zwrot, który w świetle przedstawionego dokumentu poręczenia sam w sobie spowodowałby wygaśnięcie wadium. Celem ustawowych regulacji dotyczących sposobu zwolnienia wadium wniesionego w innej formie niż pieniądzu jest zabezpieczenie zamawiającego przed takimi sytuacjami, a przyjęcie, że istnienie wadium może być zależne wyłącznie od jednostronnej czynności wykonawcy uniemożliwiłoby wypełnienie funkcji wadium.

### **169. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 736/23**

W przedmiotowej sprawie odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której gwarant wskazał okoliczności skutkujące wypłatą kwoty gwarantowanej poprzez przywołanie przepisu – art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, podczas gdy zostały one określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego z wykładni treści gwarancji dokonanej zgodnie z art. 65 § 1 kc wynika, że doszło do oczywistej omyłki, a wniesione w ten sposób wadium w sposób należyty zabezpiecza jego ofertę.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, co wynika też z orzecznictwa Izby, że wadium musi zabezpieczać ofertę na wypadek zaistnienia przesłanek jego zatrzymania wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, przy czym wadium wniesione w formie gwarancji musi dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Wadium nie jest przy tym ani ofertą ani podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym, zatem nie mają do niego zastosowania takie przepisy jak: art. 107, art. 128, czy art. 223 ustawy Pzp, co oznacza, że dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu, poprawieniu czy wyjaśnieniu. Należy także zwrócić uwagę, że o ile w ramach kolejnych nowelizacji ustawy Pzp z 2004 r., jak też w ustawie Pzp z 2019 r., stopniowo rozszerzano możliwości uzupełniania, wyjaśniania, czy poprawiania oferty i dokumentów składanych wraz z ofertą, o tyle nigdy możliwość taka nie została dopuszczona w stosunku do wadium, co dowodzi restrykcyjnego podej-

ścia ustawodawcy do dokumentu gwarancji wadialnej. Tym samym już w chwili otwarcia ofert zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości, natomiast wykładnia samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, ale powinna być dokonywana ściśle (tak m.in. wyrok KIO 2179/16 z dnia 30.11.2016 r.). (...) Treść gwarancji nie daje przy tym podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką. W szczególności w ww. gwarancji nie zostały przytoczone przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, co mogłoby pozwolić na uznanie, że mimo wskazania przez gwaranta art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zobowiązuje się on do wypłaty kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Również inne elementy, takie jak: właściwie wskazany zamawiający i wykonawca, nazwa postępowania, okres związania ofertą, czy kwota wadium, nie mogą dowodzić, że doszło do oczywistej omyłki, ponieważ dotyczą one zupełnie innych kwestii niż przesłanki zatrzymania wadium. Z kolei fakt, że wskazany w gwarancji art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie dotyczy przesłanek zatrzymania wadium, nie przesądza o omyłce, gdyż zwłaszcza w świetle braku wymienienia wprost przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, nie można wykluczyć, że poprzez takie działanie niektórzy ubezpieczyciele mogą dążyć do utrudnienia wypłaty wadium.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wadliwe powołanie się na art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie może być w niniejszej sprawie uznane za omyłkę, zwłaszcza zaś „oczywista” i nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, że gwarant wypłaciłby kwotę wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że ocenie w tym zakresie podlega wyłącznie treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą, gdyż pewność co do zabezpieczenia oferty wadium zamawiający musi mieć już od chwili otwarcia ofert. Tym samym wykładnia treści gwarancji nie może zależeć od oświadczenia gwaranta złożonego w czasie późniejszym (...)

Z powyższego wynika, że nawet wykładnia dokonywana zgodnie z art. 65 § 1 kc nie pozwala na uznanie, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez odwołującego, w dniu otwarcia ofert zabezpieczała jego ofertę i dawała zamawiającemu pewność wypłaty wadium w razie ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Nie zachodzą bowiem okoliczności, które uzasadniałyby taką wykładnię w świetle zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

### **170. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 728/23, KIO 751/23**

Bezspornym jest, że wykonawca X w złożonej gwarancji wadialnej nie wskazał wprost przesłanki niezłożenia przez wykonawcę dokumentów z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. Bezspornym jest również, że gwarancja w żadnym punkcie swej treści nie odwołuje się zarówno do art. 98 Pzp, jak również do ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych jako takiej.

Zamawiający uznał gwarancję za prawidłową z uwagi na treść pkt 2) („Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”) z którego w drodze wykładni wywiódł swoje uprawnienie do żądania wypłaty kwoty wadium w okolicznościach wskazane w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp ustawy Pzp, tj. w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Izba pragnie podkreślić, że pominięta w treści gwarancji treść przepisu, na podstawie którego Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych, a także braku podstaw do wykluczenia stanowi jeden z fundamentów dokumentu gwarancji. Brak tej treści lub klauzula o odmiennej treści, niereferująca do właściwych przepisów Pzp stoi w opozycji do istoty samego wadium jako zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego.

(...) zgodzić można się, że treść gwarancji nie musi być wiernym odwzorowaniem przepisów ustawy, niemniej musi wyraźnie z niej wynikać, że swym zakresem obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp.

W ocenie Izby zapisy gwarancji złożonej przez wykonawcę X nie spełniały opisanych powyżej wymagań. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jej treść nie odnosi się do stanu prawnego, według którego prowadzone jest postępowanie. W jej treści jak wskazano brak jest bowiem nie tylko odwołania do art. 98 ust. 6 Pzp, lecz samej ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec należy, iż treści gwarancji nie można domniemywać, Zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować. Co więcej w świetle ustawy Pzp jak również orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta. Tymczasem w ocenie Izby przedłożona treść gwarancji wymagałyby nie tylko przeprowadzenia takiej liberalnej i korzystnej dla Zamawiającego wykładni, lecz dodatkowo musiałaby to być wykładnia wielostopniowa. Po pierwsze – z uwagi na wskazane braki odesłania do przepisów ustawy konieczne byłoby ustalenie, że gwarancja obejmuje zdarzenia wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, w dalszej zaś kolejności, że treść punktu 2) gwarancji konsumuje przesłankę określoną w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy. To zaś z kolei wymagałoby ustalenia czy w sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił wymaganych dokumentów, zaniechanie takie jest równoznaczne z wystąpieniem okoliczności uniemożliwiają-

cych wybór oferty tego wykonawcy, a tym samym zawarcie umowy, z przyczyn leżących po jego stronie. W ocenie Izby skala opisanych powyżej wątpliwości interpretacyjnych oraz zakres ryzyka jaki z nich wynika wskazuje, że brak jest możliwości pewnego ustalenia jaka jest rzeczywista treść zobowiązania wynikającego z gwarancji ubezpieczeniowej, w tym (co najważniejsze) zakresu odpowiedzialności gwaranta, a to powoduje, że wadium zostało nieprawidłowo wniesione.

Za całkowicie nietrafiony w świetle powyższego należy uznać argument zamawiającego oraz przystępującego, że wskazana w pkt 2 gwarancji wadialnej przesłanka zatrzymania wadium nie odnosi się jedynie do sytuacji gdy oferta wykonawcy została wybrana, lecz obejmuje wszystkie przypadki, gdy wykonawca swoim działaniem lub zaniechaniem uniemożliwił zawarcie umowy, w tym również obejmuje działania i zaniechania na etapie wcześniejszym niż wybór najkorzystniejszej oferty. Przeczy temu w oczywisty sposób cel i funkcja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również charakter sankcyjny czynności jego zatrzymania. Jak niejednokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza „zatrzymanie wadium jest dotkliwą sankcją dla wykonawców, pozbawiającą ich konkretnych środków finansowych. Z tego też względu wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymywanie wadium muszą być wykładane ściśle wedle reguł wykładni gramatycznej i językowej i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej (tak m.in. wyrok z dnia 27 kwietnia 2009 r., KIO 488/09). W konsekwencji wadium wniesione przez wykonawcę X w formie gwarancji bankowej o treści takiej jak w przedmiotowym postępowaniu, jako niedające pewności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego jest wadium nieskutecznym, a zatem wniesionym w sposób nieprawidłowy, co skutkować winno odrzuceniem oferty wykonawcy X na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

### **171. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1397/23**

(...) zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazał, iż: *„uznał, że w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum X wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem gwarancja wadialna nie dotyczyła prowadzonego Postępowania (błędne wskazanie numeru referencyjnego postępowania).”* Takie stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne. Nie było żadnych ku temu przesłanek, aby uznać, że gwarancja wadialna nie dotyczyła prowadzonego postępowania. Na pewno nie przesądzało o tym błędne wskazanie numeru referencyjnego postępowania w treści gwarancji wadialnej.

W ocenie Izby, która w pełni podziela w tym zakresie argumentację odwołującego, w treści Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o numerze (...) wystąpiła oczywista omyłka pisarska, polegająca na błędnym wskazaniu numeru referencyjnego postępowania, tj. „2.KG.2022” zamiast „2.KG.2023”. Oczywiście tej omyłki nie powinna budzić – zdaniem Izby – żadnych wątpliwości. Ta omyłka jest bowiem wyraźnie zauważalna, a także nie potrzeba dokonywać żadnych

dotatkowych ustaleń czy wykładni, aby wiedzieć w jaki sposób ją poprawić. Omyłka ta nie powoduje nieważności gwarancji wadialnej, czy też braku zabezpieczenia oferty wadium. Nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że brak jest możliwości jednoznacznej identyfikacji, którego w rzeczywistości postępowania dotyczy złożona gwarancja wadialna.

Izba zauważa, że fakt: prowadzenia w przeszłości przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym „2.KG.2022”, które było prowadzone pod taką samą nazwą a wadium miało być ustanowione w takiej samej wysokości, nie powinien stanowić jakiegokolwiek powodu do obaw zamawiającego co do prawidłowości i skuteczności wniesionego wadium w tym postępowaniu.

Terminy wskazane w treści dokumentu gwarancji wadialnej przeczą twierdzeniom zamawiającego i potwierdzają tezę o oczywistej omyłce. Zgodnie z treścią Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium jest ona ważna w okresie od dnia 3 kwietnia 2023 r. do dnia 2 czerwca 2023 r. („okres ważności gwarancji”), czyli w okresie nie krótszym niż termin związania ofertą w postępowaniu o numerze referencyjnym: 2.KG.2023. Także data wystawienia i podpisania gwarancji - czyli 31 marca 2023 r. - potwierdza, iż została ona wystawiona dla aktualnie prowadzonego postępowania o numerze referencyjnym: 2.KG.2023.

Ponadto, w poprzednio prowadzonym postępowaniu o numerze referencyjnym 2.KG.2022 odwołujący w ogóle nie złożył oferty, a twierdzenia zamawiającego, iż odwołujący był zainteresowany poprzednim postępowaniem nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości samej gwarancji i kwestii oczywistości omyłki.

Skład orzekający nie podziela też argumentacji zamawiającego w kwestii aneksowania gwarancji zapłaty wadium przez ubezpieczyciela. Gwarant w złożonym oświadczeniu potwierdził wyłącznie wystąpienie oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji zapłaty wadium. Nie sposób uznać z samego doboru wyrażeń i sformułowań użytych przez niego („jest”, „powinno być”), iż w istocie doszło do aneksowania gwarancji wadialnej w tym zakresie. W ocenie Izby nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że z pisma ubezpieczyciela z dnia 14.04.2023 r. wynika, iż jego intencją było zawarcie aneksu do gwarancji wadialnej, tj. dokonanie modyfikacji gwarancji wadialnej. W istocie bowiem nie doszło do żadnej modyfikacji treści gwarancji, a jedynie do potwierdzenia przez jej wystawcę, że w treści dokumentu doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na błędnym wskazaniu jednej cyfry numeru referencyjnego postępowania, którego dotyczyć miała ta gwarancja. Nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że omyłka ta uniemożliwiała identyfikację postępowania, skoro została prawidłowo wskazana nazwa postępowania i nie było zastrzeżeń co do innych elementów treści gwarancji, a w uprzednio prowadzonym postępowaniu o numerze referencyjnym 2.KG.2022 odwołujący nie składał w ogóle oferty. Twierdzenia zamawiającego podnoszone na rozprawie, że odwołujący zapewne miał przygotowaną ofertę w poprzednim postępowaniu, skoro był nim zainteresowany (o czym miały świadczyć pytania zadawane przez tego wykonawcę), są daleko idącą nadinterpretacją działań podejmowanych przez

odwołującego. Tym bardziej, że termin składania ofert w postępowaniu, które zostało unieważnione przypadła na dzień 10.02.2023 r., a dokument gwarancji, kwestionowanej przez zamawiającego, został podpisany w dniu 31.03.2023 r. Zatem nie sposób się zgodzić z twierdzeniami zamawiającego, że w treści gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego „*brak bowiem jakichkolwiek elementów, których wykładnia mogłaby prowadzić do wniosku, że gwarancja wadialna dotyczyła Postępowania 2.KG.2023, a nie postępowania 2.KG.2022.*” (pkt 12 odpowiedzi na odwołanie).

### **172. Wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1652/23**

Za punkt wyjścia skład orzekający przyjął modyfikację nr 8 treści SWZ, która została opublikowana w dniu 14 lutego 2023 r. Modyfikacja ta obejmowała m. in. pkt 17.3 SWZ, w którym wskazano, że *Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – X Sp. z o.o., ul. (...) Warszawa*. Izba stwierdziła, że wskazana zmiana SWZ miała charakter jednoznaczny i nie mogła budzić żadnych wątpliwości, co do tego kogo należy wskazać jako beneficjenta gwarancji. Ponadto w dniu 14 lutego 2023 r. doszło także do zmiany ogłoszenia o zamówieniu przez wyraźne wskazanie zmiany zamawiającego. Skoro treść ww. dokumentów przedstawiała jednoznaczną, opublikowaną w dniu 14 lutego 2023 r. instrukcję dotyczącą wniesienia wadium w formie gwarancji, to brak zastosowania się do niej był tylko i wyłącznie efektem niedochowania przez odwołującego należytej staranności. (...)

Tym samym niezależnie od oczywistej, wywodzonej z przepisów Pzp normy, zgodnie z którą wadium w postaci gwarancji ustanawia się na rzecz zamawiającego (a nie jakiegokolwiek innego podmiotu), tę kwestię w postępowaniu jednoznacznie rozstrzygała także treść pkt 17.3 SWZ po zmianie z dnia 14 lutego 2023 r. wskazując jako beneficjenta gwarancji lub poręczenia X Sp. z o.o. Wobec powyższego, zasadnym jest stwierdzenie, że wskazanie w treści gwarancji wadialnej jako beneficjanta pełnomocnika zamawiającego (tj. Y), a nie zamawiającego (tj. X Sp. z o.o.), stanowiło o nieprawidłowym wniesieniu wadium jako przesłance odrzucenia oferty wykonawcy, a owa nieprawidłowość przejawia się w dwóch aspektach:

- niezgodności z Pzp, której wykładnia jasno wskazuje, że wadium wnoszone jest na rzecz zamawiającego, bowiem to wyłącznie zamawiający może zatrzymać wadium;
- niezgodności z pkt 17.3 SWZ, który wyraźnie i wprost wskazywał, że beneficjentem gwarancji powinny być X Sp. z o.o.

W świetle powyższego, chybione były twierdzenia odwołującego, że na zobowiązanie gwaranta z ustanowionej przez niego gwarancji wpływ ma odwołanie się do postępowania

(w szczególności do jego nazwy przytoczonej w treści gwarancji), które kreuje właśnie stosunek łączący zleceniodawcę (odwołującego) z beneficjentem (który

w treści gwarancji został nieprawidłowo wskazany – zamiast zamawiającego, przywołano tam jego pełnomocnika).. Innymi słowy, odwołanie się w treści gwarancji do nazwy postępowania, w świetle treści zobowiązania gwaranta wobec beneficjenta gwarancji jakim jest Y, nie tworzy żadnego uprawnienia X Sp. z o.o. do żądania zapłaty jakiegokolwiek należności z tego tytułu, nawet w sytuacji ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium odwołującemu. (...) Izba nie zgodziła się też z odwołującym, że w tym kontekście należy wziąć pod uwagę świadomość gwaranta, co do tego, w jakich okolicznościach zgodnie z przepisami ustawy zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty kwoty wadium (sumy gwarancyjnej) i jakiego postępowania to dotyczy. Fakt, iż gwarant – mimo przytoczenia w treści gwarancji nazwy postępowania – wystawiając gwarancję już po dniu 14 lutego 2023 r. a więc zmianie treści SWZ opisanej wyżej (oraz kolejne dwa aneksy do tej gwarancji jeszcze później), wskazał w nich wszystkich Y jako beneficjenta, świadczy o tym, iż nie miał on wiedzy o tym w jakich okolicznościach, jeśli chodzi o zmianę zamawiającego, udziela tej gwarancji. Tym samym, trudno wywodzić, że zaaprobowałby i uwzględnił żądanie zapłaty skierowane do niego nie przez Y, a przez X Sp. z o.o.

### **173. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1805/23**

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż co do zasady, która wprost wynika z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, gwarancja wadialna musi pokrywać swoim okresem zabezpieczenia cały termin związania ofertą. Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, stanowi bowiem, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Wskazany przepis nie ogranicza jednak prawa wykonawcy do samodzielnego wydłużenia okresu, w którym gwarancja wadialna przekracza termin związania ofertą. Jednakże wskazać należy, iż jest to uprawnienie wykonawcy, a nie obowiązek. Tym samym nie sposób stawiać zarzutów względem wykonawcy, którego zabezpieczenie oferty, złożone w formie gwarancji wadialnej określone zostało do terminu jej związania. Podkreślenia wymaga, iż wyżej wskazane uprawnienie wykonawcy (do samodzielnego wydłużenia ważności gwarancji wadialnej) nie może zostać nakazane przez zamawiającego treścią SWZ, o czym wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza, Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oraz Prezes UZP w swojej opinii. (...)

Analizując treść złożonej przez przystępującego gwarancji wadialnej należy uznać, że nie zawiera ona postanowień powodujących jej niezgodność z SWZ, a okoliczność zrównania terminu jej ważności i terminu związania ofertą nie powoduje, że uniemożliwia skuteczne zaspokojenie zamawiającego, w takim samym stopniu jak wadium wniesione w pieniądzu. Zgodnie z pkt 17.3 zd. 2 SWZ „*Wadium wniesione w takiej formie, musi obejmować cały okres związania ofertą*”. Gwarancją



wadialną spełniającą to wymaganie będzie więc gwarancja, której termin ważności co najmniej pokrywał się będzie terminem związania ofertą. Jednocześnie SWZ nie wymagała, aby okres ważności gwarancji był dłuższy niż termin związania ofertą. (...)

Powyższe oznacza, że nawet w ostatnim dniu terminu związania ofertą, jeżeli ziszcza się przesłanki do zatrzymania wadium, zamawiający będzie miał możliwość i sposobność wystąpić do gwaranta z takim oświadczeniem. W ocenie Izby, gwarancja wadialna złożona przez przystępującego w kontekście treści SWZ oraz ustawy Pzp zachowuje taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu.

### **Art. 239 ust. 1**

#### **174. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1794/23**

Izba zważa, że istota sporu sprowadzała się do tego, czy osoba wskazana przez Przystępującego, tj. Pan X posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Robót Mostowych w ramach zadania 2 dotyczącego budowy (...) poprzez udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, w ramach powyższego zarzutu, Odwołujący przyjmuje błędną wykładnię rozumienia: „udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia”. W pierwszej kolejności Izba chciałaby podkreślić, iż forma i sposób udziału danej osoby w ww. czynnościach nie został określony przez Zamawiającego, co powoduje, iż wykonawcy, w tym Przystępujący mogli potwierdzić udział w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia poprzez wykazanie różnych form zaangażowania danej osoby w czynnościach odbiorowych.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że postanowienia SWZ w ramach ww. pozacenowego kryterium oceny ofert nie mówią nic o konieczności udziału danej osoby w odbiorze końcowym, ani o udziale w Komisji odbiorowej stworzonej na potrzebę odbioru końcowego, na co zwrócił uwagę na rozprawie Zamawiający, jak i Przystępujący (de facto również Odwołujący potwierdził powyższą okoliczność).

Izba zgadza się z Odwołującym, że „kryterium musi być odczytywane tak, jak brzmi – zgodnie z treścią, jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, jednakże nie jest tak, jak argumentuje Odwołujący, że Zamawiający mógł przyznać wykonawcy 10 punktów w ramach tego kryterium wyłącznie w przypadku przedstawienia osoby, która brała udział w Komisji odbiorowej wykonującej czynności związane z ostatecznym odbiorem danej inwestycji. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, aby czynności świadczące o zakończeniu realizacji zamówienia dotyczyły przekazania Zamawiającemu „całości przedmiotu zamówienia, nie zaś tylko jego poszczególnych elementów w ramach odbiorów częściowych”. Należy zwrócić uwagę, że specjaliści z danej

branży dokonują czynności odbiorowych, które potwierdzają prawidłowość wykonania robot budowlanych w poszczególnych branżach w danym obiekcie (np. w ramach robót mostowych), a czynności te są następnie podstawą do dokonania odbioru końcowego. Tym samym, Izba podziela pogląd Zamawiającego, że „zadaniem Komisji odbiorowej jest natomiast zebranie wyników poszczególnych, dokonanych wcześniej odbiorów i na tej podstawie potwierdzenie odbioru końcowego wybudowanego obiektu”.

### **175. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1822/23**

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia w jakich sytuacjach Zamawiający uprawniony był do przyznania Wykonawcom dodatkowych punktów w ramach ustalonych kryteriów i czy Przystępujący przedstawił takie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia określonej funkcji, za które można było uzyskać dodatkowe punkty. (...)

Z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu wynika, że Pan X został w określonej dacie zatwierdzony przez Inwestora jako kierownik robót mostowych. Izba podziela stanowisko przedstawione w odwołaniu, że sformułowanie to nie potwierdza, że dana osoba pełniła na zadaniu określoną samodzielną funkcję w budownictwie.

Izba nie ma wątpliwości, że zarówno w warunku udziału w postępowaniu, jak również w ustalonym pozacenowym kryterium oceny ofert Zamawiający referował do wymagań wynikających z ustawy Prawo budowlane a nie potocznego rozumienia wyrażenia „pełnienie określonej funkcji”. Izba, za Odwołującym, nie przeczy, iż Pan X wykonywał określone czynności na zadaniu referencyjnym, pracował na tej inwestycji, realizował przydzielone mu obowiązki, jednakże Przystępujący nie wykazał, że pełnił on funkcję kierownika robót mostowych. Jednocześnie całokształt dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przemawiał za tym, iż intencją Zamawiającego było pozyskanie do wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawcy, który dysponuje osobami o określonym doświadczeniu i kwalifikacjach zawodowych definiowanych przez ustawę Prawo budowlane. Tym samym ponoszących w reżimie przywołanej regulacji odpowiedzialność za wykonywanie nałożonych obowiązków, gdzie analiza dokumentów składających się na dziennik budowy pozwala zweryfikować należyte wykonanie obowiązków, a osoba pełniąca samodzielną funkcję w budownictwie podlega odpowiedzialności zawodowej regulowanej przez odrębne przepisy. Okoliczności te Przystępujący całkowicie pomija w przedstawionym Izbie stanowisku procesowym. Odróżnić bowiem należy ponoszenie odpowiedzialności zawodowej przez osoby posiadające szczególne uprawnienia do wykonywania zawodu (za takie zaś należy uznać wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie) od odpowiedzialności pracowniczej czy podległości służbowej. Nie można także zapomnieć, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z profesjonalistami, którzy posiadają rozległą wiedzę jakie cechy mu-

szą być spełnione by mówić o zawodowym wykonywaniu określonych czynności. Odwołujący celnie w odwołaniu i na rozprawie przywołał treść art. 45 ustawy Prawo budowlane (w brzmieniu na stan prowadzenia inwestycji referencyjnej) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy (...), z których wynika, że przed rozpoczęciem robót budowlanych konieczne jest dokonanie wpisów do dziennika budowy przez osoby, którym powierzono określone funkcje. Tylko wówczas takie osoby ponoszą odpowiedzialność zawodową za należyte wykonywanie obowiązków i możliwa jest weryfikacja wykonywania tych obowiązków i przypisanie odpowiedzialności. Inne dokumenty, w tym dokumenty wewnętrzne, na które powoływał się Przystępujący, świadczą jedynie o pracy przy danej inwestycji a nie ponoszeniu odpowiedzialności określonej regulacjami rangi ustawowej. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w orzecznictwie przywołanym w odwołaniu.

Owszem, Przystępujący mógł skorzystać z uprawnienia wyrażonego w art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane, ale konsekwencją tego było nabycie doświadczenia przez kierownika budowy, który posiadał odpowiednie uprawnienia budowlane w branży mostowej Pana Y, a nie Pana X. Dodatkowo Izba przypuszcza, że skoro właśnie z powodu posiadania odpowiednich uprawnień przez kierownika budowy, niecelowe wydawało się mnożenie funkcji na inwestycji, Pan X wykonywał obowiązki niejako dodatkowo obok Pana Y, ale formalnie kierownikiem robót mostowych nie był a za wszystkie prace w tej branży odpowiedzialność zawodową ponosił Pan Y, co potwierdzał odpowiednimi wpisami w dokumentach budowy. Poza sporem jest natomiast, że inne przedstawione przez Przystępującego dokumenty potwierdzają, że Pan X pracował w ramach zadania inwestycyjnego i należycie realizował obowiązki pracownicze. Właśnie do takich obowiązków należało zapewne prowadzenie dziennika montażu konstrukcji stalowej czy składanie wewnętrznych zapotrzebowań materiałów na budowę oraz odbiór prac od podwykonawców. Jednak wykonywanie takich obowiązków nie uprawniało do uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

### **Art. 240 ust. 2**

#### **176. Wyrok z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 537/23**

W kontekście zarzutów odwołującego, który nie kwestionował samego opisu sposobu dokonywania oceny ofert, a jedynie wskazywał, że niedopuszczalne było zastosowanie pozacenowego kryterium oceny ofert, ocenianego jedynie na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę w formie deklaracji zawartych w formularzu ofertowym, Izba wskazuje, że przepisu art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. W tym ostatnim z kolei wprost wskazano na możliwość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, a tym samym, jeśli przyjąć interpretację odwołującego, nie są weryfikowalne na etapie składania ofert, a jedynie

na podstawie oświadczenia zawartego w ofercie wykonawcy. Ustawodawca wprost wymienia i wskazuje jako przykładowe, możliwe do zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie kryteria jak: serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz termin realizacji.

Istotą argumentacji zarzutu stawianego przez odwołującego oraz przywoływanego na jego poparcie orzecznictwa jest rozumienie pojęcia „weryfikacji” użytego w ustawie wymaga, aby zamawiający tak sformułował kryterium pozacenowe, aby w samej ofercie zamieszczano informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez zamawiającego albo też, aby na etapie oceny ofert zamawiający oceniał np. jakość i kompetencje zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia. W ocenie składu orzekającego, w świetle brzmienia ustawy Pzp oraz odpowiednich przepisów unijnych, takie rozumienie w odniesieniu do kryteriów oceny ofert jest nieuprawnione.

(...) Zarzut stoi również w sprzeczności z literalnie wyrażonymi w ustawie i dyrektywach kryteriami jakościowymi. Przepisy dopuszczają bowiem stosowanie jako kryterium m. in. warunków dostawy takich jak termin, sposób czy czas dostawy. Zaskarżane kryterium odnosi się zaś wprost do czasu w którym świadczenie (usługa) będzie przez wybranego wykonawcę zrealizowana (dostarczona).

Ponadto art. 240 ust. 2 ustawy Pzp jasno wskazuje, że zamawiający weryfikuje i porównuje poziom oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Wykluczenie tej możliwości i wprowadzenie wymogu przedmiotowej weryfikacji zaoferowanego świadczenia na etapie wyboru ofert, pod kątem wprowadzonych kryteriów udzielenia zamówienia, stałoby również w sprzeczności z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych. Prowadziłoby bowiem do konieczności gromadzenia na etapie składania ofert środków niezbędnych do realizacji zamówienia, co w znaczący sposób ograniczyłoby konkurencyjność i dostępność zamówień, zwłaszcza dla sektora MŚP. Tymczasem zgodnie z motywem 104 preambuły do dyrektyw warunki realizacji zamówienia służą określeniu konkretnych wymogów dotyczących realizacji danego zamówienia. W przeciwieństwie do kryteriów udzielenia zamówienia, które stanowią podstawę oceny porównawczej jakości ofert, warunki realizacji zamówienia stanowią stałe, obiektywne wymogi niemające wpływu na ocenę ofert. (...)

Skład orzekający stoi na stanowisku, że ustawowy wymóg weryfikowalności kryterium oceny ofert, powinien być interpretowany w kontekście samego przedmiotu zamówienia, konkretnego kryterium pozacenowego oraz jego charakteru. W okolicznościach niniejszej sprawy, co podkreślił zamawiający na rozprawie, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi wsparcia i modyfikacji systemu, który już funkcjonuje, i z racji tego, że od jego poprawnego i ciągłego działania zależy praca innych systemów (system e-płatności integruje się z wieloma innymi systemami takimi jak: Krajowy Rejestr Sądowy, Krajowy Rejestr Karny, Księgi Wieczyste, Krajowy Rejestr Zadłużonych, Portal Rejestrów Sądowych, Elektro-

niczne Postępowanie Upominawcze, Zintegrowany System Rachunkowości i Kadr, w tym znaki opłaty sądowej, które wiążą się z wykonywaniem zadań mających istotne znaczenie dla funkcjonowania państwa), musi działać w sposób niezakłócony, a pojawienie się awarii lub błędu jest ryzykiem zagrażającym jego funkcjonowaniu. Z tego też powodu zamawiającemu zależy głównie na tym, aby wszelkie awarie czy błędy zostały zdiagnozowane i jak najszybciej usunięte. Z kolei, aby w stopniu jak najwyższym ograniczyć taką możliwość, wymagania zamawiającego w tym zakresie są priorytetem. W konsekwencji kryterium czasu usunięcia awarii lub błędu jest bezwzględnie zasadne, a ustalona przez zamawiającego waga tego kryterium na poziomie 40 % uzasadniona jest tym, że szczególną wagę zamawiający przywiązuje do sposobu świadczenia tej usługi w znaczeniu, że szczególnie istotne jest dla niego niezakłócone działanie systemów.

#### **Art. 241 ust. 1**

#### **177. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 592/23**

Ocena w oparciu o ustalone w postępowaniu kryteria może być zatem oceną wyłącznie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia (kryterium cenowe) bądź przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. Celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiowane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych, przekraczających minimalne poziomy ustalone w SWZ, w tym rozwiązań najlepszych z perspektywy potrzeb zamawiającego i celów jakie planuje osiągnąć. Odmiennie niż dla wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 ustawy pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiowany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia.

#### **Art. 242 ust. 2**

#### **178. Wyrok z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1110/23**

Izba zważyła, iż jak dostrzegł sam Odwołujący, kryteria oceny ofert ze swej natury – poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom. Przede wszystkim jednak dobór kryteriów oceny ofert, stosownie do art. 239 ustawy Pzp, ma umożliwić wybór oferty

najkorzystniejszej. W zakreślonych przez ustawę Pzp ramach Zamawiający mogą dowolnie dobrać kryteria jakościowe do swoich uzasadnionych potrzeb. W ocenie Izby Zamawiający formułując kryteria oceny ofert ma prawo wskazywać na požądane przez siebie rozwiązania techniczne, jeżeli rozwiązania te mogą prowadzić do pozyskania lepszego produktu.

### **179. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1712/23**

Okolicznością bezsporną było, że na terenie województwa, na którym wytwarza odpady zamawiający (tj. województwa dolnośląskiego) nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów. W takiej sytuacji, ustawa o odpadach przewiduje wyjątki, które umożliwiają unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa. Jak słusznie wskazał przystępujący interpretacja wyjątków od zasady bliskości była przedmiotem dość licznych już orzecznictwa Izby. Przekładając interpretację powyżej zasygnalizowanych wyjątków do stanowiska zawartego w odwołaniu należało wskazać, że odwołujący interpretował te wyjątki w sposób radykalny i bardzo zawężający, który w istocie prowadził do przyjęcia praktyk monopolistycznych. Zdaniem odwołującego, w każdym przypadku, gdy na terenie województwa nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, odpady powinny być unieszkodliwiane najbliżej miejsca ich wytworzenia. Taka interpretacja w sposób całkowity eliminuje konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co zdaniem składu orzekającego jest zbyt daleko idące. Co więcej, interpretacja zaproponowana przez odwołującego zupełnie pomijała treść SWZ ustaloną przez zamawiającego. W tym miejscu warto dodać, że żaden wykonawca nie kwestionował tej treści za pomocą wniesienia odwołania dotyczące postanowień SWZ, w tym przede wszystkim postanowień rozdziału 23 SWZ, który określał zastosowane w postępowaniu kryteria oceny ofert. Izba doszła do przekonania, że zamawiający mając świadomość, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, wprowadził jako jedno z kryteriów oceny ofert Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych – 5%. Izba stwierdziła, że takie działanie zamawiającego pozwalało respektować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, której ustawodawca nie wyłączył na gruncie ustawy o odpadach. Ponadto w ramach tych ustalonych i wiążących dla wszystkich uczestników postępowania kryteriów oceny ofert, zamawiający ocenił realizację zasady bliskości.

### **Art. 253 ust. 1 pkt 2**

### **180. Wyrok z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 593/23**

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie

faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oraz wskazania, że odrzuca ofertę na podstawie wyroku z 16 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 12/23, zgodnie z którym oferta ma charakter pozorny. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający de facto nie przedstawił uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Powołał się jedynie na wyrok Izby wydany w innej sprawie, stwierdzający, że oferta w postępowaniu badanym wówczas przez Izbę (nie zaś w rozpoznawanej sprawie) miała charakter pozorny, podczas gdy istnienie podstaw do odrzucenia oferty należy badać w okolicznościach konkretnego postępowania. Z uzasadnienia, które przedstawił Zamawiający można wywnioskować, że w ogóle nie zbadał on okoliczności istniejących w prowadzonym postępowaniu, a oparł się wyłącznie na tym, że w innym przetargu w przeszłości Izba stwierdziła konieczność odrzucenia oferty Odwołującego. Zauważenia wymaga przy tym, że wyrok Izby nie tylko odnosi się do innego postępowania o udzielenie zamówienia i złożonej w nim oferty, ale został on wydany na podstawie dowodów, jakimi w tamtym postępowaniu dysponowała Izba. Postępowanie przed Izbą ma bowiem charakter kontradiktoryjny, a Izba wydaje wyrok opierając się na materiale dowodowym przedstawionym przez strony i uczestników postępowania. To, że w danym postępowaniu odwoławczym nie złożono dowodów potwierdzających brak podstaw do odrzucenia oferty, nie uprawnia do przyjmowania dokonanej na tej podstawie oceny jako uprawniającej do odrzucania oferty w kolejnych postępowaniach.

**181. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 719/23**

Zatem to w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obliguje zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym rozszerzenie uzasadnienia faktycznego ww. czynności, tj. odrzucenia oferty Odwołującego w świetle okoliczności zawartych w odpowiedzi na odwołanie jest działaniem spóźnionym i pozostającym bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Ocenie Izby mogą bowiem podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. (...) Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Z powyższych względów znacząca część materiału dowodowego złożonego przez Strony postępowania była irrelevantna dla oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego wyrażonej pismem z dnia 10 marca 2023 r.

**182. Wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1374/23**

Przede wszystkim zamawiający popełnił szereg błędów niepozwalających na uznanie, że odwołującemu przedstawiono uzasadnienie faktycznie i prawne podstaw odrzucenia jego oferty. Zamawiający oznaczył w dokumentacji postępowania ofertę odwołującego jako ofertę nr 4, następnie wskazał, że nie poddał oferty ocenie ofert podając „Oferta nr 4 odrzucona”, natomiast uzasadnienie tej czynności dotyczy oferty nr 3 - X, która dotyczyła wyłącznie części 2 zamówienia.

(...) zamawiający ograniczył się do podania, że przeprowadził analizę kart charakterystyk i są one niezgodne z warunkami zamówienia. Jest to uzasadnienie niepoddające się merytorycznej weryfikacji. Nie można ustalić jakie warunki zamówienia zamawiający brał pod uwagę przy przeprowadzanej analizie, które karty charakterystyk wymagań nie spełniały i jakie informacje z tych kart przekonały zamawiającego do podjętej decyzji. Co więcej zamawiający nie wskazał, że niezgodności te mają taki charakter, że nie nadają się do wyjaśnienia w trybie art. 107 ust. 4 ustawy, choć sam taką możliwość w rozdziale X SWZ w pkt 4 przewidział. Zamawiający nie przedstawił też uzasadnienia, z którego wynikałoby, że nie było możliwe zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy czyli poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentacji zamówienia nie powodujące istotnych zmian w jej treści. Mogło bowiem być tak, że wskazane przez producenta zastosowanie przemysłowe farby, lakieru czy emalii, oznaczało jednocześnie środek przeznaczony do jednostek pływających.

Tym samym jednozdaniowe uzasadnienie faktyczne zamawiającego w ocenie Izby uniemożliwiło odwołującemu ocenę prawidłowości czynności zamawiającego jak i skuteczną obronę swojej oferty, a to oznacza, że nie spełniło swojej ustawowej roli, dla której ustawodawca wymaga uzasadnienia faktycznego i prawnego czyn-



ności eliminacyjnej podjętej przez zamawiającego. W świetle powyższego raczej należy przyznać odwołującemu, że wydając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający postawił dwa kryteria oceny ofert – cenę i termin realizacji zamówienia, a wykonawcy w zadaniu 1 oferując tak samo punktowane terminy realizacji konkurowali jedynie ceną. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, zatem gdyby zamawiający umożliwił mu merytoryczne odniesienie się do stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności, miałby szansę na uzyskanie zamówienia, a więc uwzględnienie tego zarzutu ma wpływ na wynik postępowania.

### **183. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1725/23**

W sytuacji, gdy Odwołującemu nie zostało przedstawione przez Zamawiającego konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty, a zarzut odwołania zawiera w głównej mierze pytania w oparciu, o jaką wiedzę Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, w jakich warunkach technicznych oferowane przez Odwołującego urządzenie było badane oraz jaką wersję oprogramowania przyjął do badania Zamawiający, nie można uznać, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego spełniło swoją rolę. Natomiast z całą pewnością Odwołujący został pozbawiony możliwości polemiki Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego.

Izba wskazuje, że Zamawiający powinien dołożyć szczególnej staranności w przygotowaniu uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ponieważ nie sformułował szczegółowych wymagań w odniesieniu do wersji oprogramowania, SWZ nie zawiera również opisu sposobu oceny ofert, jak również Zamawiający nie żądał przedstawienia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto Izba stwierdza, że wskazane przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie okoliczności związane ze sposobem oceny ofert czy też udziałem biegłego w ocenie ofert podnoszone za późno, ponieważ powyższe okoliczności powinny być wskazane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i nie mogą stanowić podstawy do wydania przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie. Izba wskazuje, że nie budzi jej wątpliwości fakt: możliwości udziału w ocenie ofert biegłego, czy też możliwość skorzystania z przez Zamawiającego z powszechnie dostępnych źródeł w celu weryfikacji przedstawionych mu przez wykonawców informacji, jak również fakt, że Zamawiający posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy i funkcjonalności urządzeń, których dostawa stanowiła przedmiot zamówienia, co wynika nie tylko z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów (...). Tym niemniej Izba ponownie wskazuje, że Zamawiający zobowiązany był dokonać właściwej analizy wszystkich okoliczności, uwzględniając postawione w SWZ wymogi co do przedmiotu zamówienia, a jego przyczyny podjęcia przez niego decyzji powinny znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający musi również mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych, w tym określony

w art. 16 ustawy Pzp, obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzysty oraz proporcjonalny.

### **Art. 255 pkt 3**

#### **184. Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 713/23**

Wobec powyższego, zdaniem Izby, jeżeli zamówienie przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która dotyczy środków przeznaczonych na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający podaje jedną kwotę, bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zakresu podstawowego i prawa opcji, to należy uznać, iż dotyczy ona tylko i wyłącznie zakresu podstawowego i w odniesieniu do tej kwoty powinna być analizowana przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

#### **185. Wyrok z dnia 3 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 741/23**

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Z ww. przepisu wynika, że o tym czy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku tym, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, decydują możliwości zamawiającego w zakresie zwiększenia tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu dopiero wtedy, gdy zamawiający stwierdzi brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający opisał działania – podjęte oraz zaplanowane czynności, których celem jest zwiększenie tej kwoty. Na chwilę zamknięcia rozprawy nie odbyła się jeszcze sesja Rady Miejskiej X, podczas której poddana pod głosowanie zostanie uchwała w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki tej opłaty i ustalenia stawki opłaty za pojemnik lub worek o określonej pojemności, przeznaczony do odbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości (zaplanowano na 31 marca br.) jak i sesja Rady Miejskiej w X, podczas której poddana pod głosowanie zostanie uchwała w sprawie zmiany uchwały budżetowej, zwiększająca środki na gospodarowanie odpadami komunalnymi

(zaplanowano na kwiecień br.). Na chwilę rozpoznania odwołania nie można było zatem stwierdzić zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

### **186. Wyrok z dnia 16 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1581/23**

W ocenie składu orzekającego, uwzględniając charakter przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać, iż obowiązkiem zamawiającego jest podejmowanie czynności dopuszczonych przepisami prawa, które mogą doprowadzić do zakończenia postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tak wszczęcie postępowania, jak i jego unieważnienie stanowią etap procedury przetargowej, której wynik uzależniony jest od właściwego przygotowania procedury, jej przeprowadzenia i dopiero na końcu, jej efektem może być wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. W sytuacji, gdy procedura pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, to dopiero jej wyczerpanie może określić czy w postępowaniu rzeczywiście wystąpiły okoliczności uzasadniające unieważnienie całego postępowania przetargowego. W niniejszej sprawie Zamawiający miał możliwość zaproszenia Odwołującego do negocjacji ceny, co przewidział wszczynając postępowanie na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, mając na uwadze podstawę z art. 255 pkt 3 Ustawy. Dopiero ustalenie czy i na ile Wykonawca był gotowy ulepszyć swoją ofertę w zakresie ceny pozwoliłoby jednoznacznie określić warunki oferty i na tej podstawie ocenić, czy środki jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej. Odstąpienie od negocjacji prowadziło faktycznie do zamknięcia drogi wykonawcy, który był gotowy negocjować cenę w ramach obecnej procedury przetargowej. Również z punktu widzenia Zamawiającego taka możliwość powinna być postrzegana w kategorii korzyści, jakie może to przynieść dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego, bez konieczności podejmowania innych kroków, celem zabezpieczenia bieżących potrzeb pacjentów szpitala. (...) Tym samym możliwość negocjacji ceny, przed ewentualną decyzją o unieważnieniu postępowania, nie powinna być traktowana wyłącznie w kategorii uprawnienia zamawiającego, ale również jako jego obowiązek doprowadzenia do osiągnięcia celów zamówienia publicznego.

### **187. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1790/23**

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując oceny istnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie wziął pod uwagę ceny oferty, lecz potencjalne całkowite wynagrodzenie, jakie może (aczkolwiek nie musi) być należne wykonawcy za realizację umowy. Stanowisko Zamawiającego nie korelowało z treścią SWZ, gdzie Zamawiający sam określił dokładnie co stanowi cenę oferty, jak i nie odpowiadało literalnemu brzmieniu ww. przepisu, które odnosi się właśnie do ceny oferty, a nie do ceny

oferty powiększonej o potencjalnie możliwy wzrost wynagrodzenia w toku świadczenia usług. Działania podjęte przez Zamawiającego w ocenie Izby nie tylko naruszało art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ale było także nietransparentne.

Przechodząc do poszczególnych części zamówienia należy wskazać, iż już tylko proste porównanie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Części II zamówienia (189 771 120,00 zł brutto) z ceną oferty Odwołującego na Część II zamówienia (185 680 794,98 zł brutto) pozwala stwierdzić, że cena oferty Odwołującego (jedynej złożonej w postępowaniu) jest niższa niż podana przed otwarciem ofert kwota. Tym samym w omawianym przypadku nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem unieważnienie postępowania na tej podstawie prawnej było bezzasadne. (...)

Dlatego też skład orzekający doszedł do przekonania, że mimo, iż co do zasady decyzja o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego, to jednak oceny w tym zakresie należy dokonać przy przyjęciu poprawnych założeń, z uwzględnieniem prawidłowego rozumienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał porównania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z ceną oferty Odwołującego, lecz z kwotą maksymalnego potencjalnego wynagrodzenia umownego, tym samym również ocena jego możliwości finansowych nie referowała do prawidłowych wartości.

#### **Art. 255 pkt 5**

#### **188. Wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23**

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek zawartych w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Przesłanki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku od naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia, która wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp tj. wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy regulujące odstępstwa od powyższej zasady należy interpretować zawężająco.

Przesłankami, które muszą zaistnieć, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp to: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz brak możliwości wcześniejszego przewidzenia tej sytuacji. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Należy wskazać, że w polskim prawie nie ma jednolitej

definicji interesu publicznego. Zdaniem Izby, w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniach przetargowych, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. System zamówień publicznych nie może być traktowane przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy Pzp sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymuluje rozwój gospodarczy.

### **189. Wyrok z dnia 6 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1783/23**

Izba zgodziła się z konkluzjami Zamawiającego wyrażonymi w stanowisku pisemnym jak i na rozprawie przez Izbę, że nie miał możliwości kontynuacji postępowania, albowiem: (1) ogłoszone postępowanie dotyczyło okresu dłuższego niż uczestnictwo X w Związku. (2) Związek ogłaszając postępowanie w lutym br. nie miał świadomości zaistnienia takiej sytuacji w związku z czym nie przewidział możliwości skrócenia okresu obowiązywania umowy z uwagi na ww. okoliczności; (3) po wyjściu X ze Związku, Związek utracił kompetencje do realizowania zadań (a zatem ich zlecenia) z zakresu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych w 3 sektorze (X), ponieważ po „wyjściu” ze Związku to na gminie będzie ciążył obowiązek realizacji zadań ustawowych we własnym zakresie co oznacza, że to X będzie zobowiązana do przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz zawarcia umowy z wykonawcą. Z uwagi na powyższe Zamawiający wskazując na art. 255 pkt 5 Pzp zasadnie uznał, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności uzasadniająca unieważnienie postępowania z uwagi na brak interesu publicznego w prowadzeniu przedmiotowego postępowania. O czym powiadomił wykonawcę w piśmie z 13 czerwca 2023 r. na podstawie art. 260 ust.1 ustawy Pzp. (...)

Izba (podobnie jak Zamawiający) zauważa, że zmiana okoliczności, o której mowa w art. 255 pkt 5 pzp musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego. W stanie faktycznym jej zaistnienie było niezależne od tego Zamawiającego, wynikało z uchwały podjętej kilka miesięcy po ogłoszeniu przetargu i upływie terminu na złożenie ofert (w tym przypadku jednej) i podjętych decyzjach, w szczególności zwiększenia środków, zmierzających do zakończenia postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty. Niewątpliwie podjęcie uchwały przez X jest całkowicie niezależne od tego Zamawiającego. Tym samym podjęta uchwała jest czynnikiem zewnętrznym, niezależnym od jego woli. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego,

że przepis art. 255 pkt 5 Pzp (jego literalna wykładnia) dotyczy istotnej zmiany okoliczności, uzasadniającej unieważnienie postępowania, powodującej, że jego prowadzenie lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zastosowanie w treści przepisu alternatywy nierozłącznej z użyciem funktora „lub” niewątpliwie prowadzi do wniosku, że wystarczającym jest, aby tylko jedna z tych czynności była sprzeczna z interesem publicznym. Tym samym unieważnienie postępowania jest również uzasadnione brakiem – w stanie faktycznym sprawy - interesu publicznego w prowadzeniu postępowania a nie w udzieleniu zamówienia. X bowiem będzie musiała samodzielnie realizować kompetencje odbioru odpadów na terenie gminy X jako zadanie własne gminy i zgodnie z przepisami prawa, co do prowadzenia stosownego postępowania i udzielenia zamówienia.

### **190. Wyrok z dnia 17 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1885/23**

Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności w rozumieniu art. 255 pkt 5. W doktrynie wskazuje się, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp musi mieć charakter zewnętrzny względem Zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego - zmiana taka może wynikać np. z aktu prawnego wiążącego Zamawiającego i stanowiącego źródło prawa. Natomiast niewątpliwie ogólne stwierdzenie o względach organizacyjnych i finansowych, na które powołał się Zamawiający nie stanowi źródła prawa i nie ma charakteru zobowiązującego Zamawiającego do odwołania przetargu. (...)

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w sprawie nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności stanowiącą jedną z przesłanek możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Ze stanowiska Zamawiającego zasadnym jest wywiedzenie tylko wniosku iż Zamawiający ze względów organizacyjnych i finansowych dokonał zmiany sposobu realizacji procesu zagospodarowania osadów. W zakresie wystąpienia kolejnej przesłanki z ww. przepisu, tj. wykazania, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, wskazać należy, że samo pojęcie interesu publicznego jest nieostre, a pojmowanie go tylko w odniesieniu do kryterium ekonomicznego jest zbyt wąskie. (...) Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego.

Nadto, Zamawiający nie wykazał, że obecnie prowadzone postępowanie i nowe mające być wszczęte to dwa całkowicie różne zamówienia. Izba nie mogła dokonać oceny w tym zakresie, gdyż brak jest opisu przedmiotu zamówienia nowego postępowania i Zamawiający przedstawił tylko jego zarys stwierdzając, że nowe

postępowanie przetargowe dotyczyć będzie tylko zagospodarowania odpadów technologicznych tj. skratek oraz zawartości piaskowników.

W zakresie kolejnej przesłanki z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącej sytuacji, iż zmiana okoliczności, o której mowa w dwóch poprzedzających przesłankach nie była możliwa do przewidzenia należy wskazać, że Zamawiający w ogóle nie pokuślił się o uzasadnienie powyższej przesłanki. (...)

Dalej, Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia, a każda nowa argumentacja na etapie postępowania odwoławczego jest spóźniona. Zatem okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący został zmuszony w istocie do zgadywania, jakie to konkretnie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego i na jakiej podstawie prawnej została ona oparta. W związku z powyższym, niewykazanie przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp przez Zamawiającego, do czego jest zobowiązany, musi skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

### **Art. 255 pkt 6**

#### **191. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 174/23**

Zasadniczym powodem, dla którego odwołanie zostało oddalone, jest niewykazanie przez Odwołującego, że faktycznie mamy w postępowaniu do czynienia z przesłanką do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis ten powinien być stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ustawy PZP, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ustawy PZP.

Odwołujący konstruuje zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy PZP pominiętą zachodzącą pomiędzy tym przepisem, a art. 457 ust. 1 ustawy PZP korelację i nie wskazał nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołujący wykazał jedynie istnienie pewnej wady postępowania, tj. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 137 ust. 6 ustawy PZP, która na obecnym etapie nie może zostać sanowana z uwagi na upływ terminu składania ofert. W żaden jednak sposób nie odniósł się Odwołujący do tego, jak zidentyfikowana przez niego wada uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### **192. Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 170/23**

Izba stwierdziła ponadto, że upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która winna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął, ponadto z art. 457 nie wynika, aby była to wada która prowadzić by musiała do unieważnienia postępowania.

### **193. Wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 871/23**

Poza tym wbrew twierdzeniom Odwołującego w świetle obowiązującej ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu nie tylko na podstawie przesłanek z art. 457 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z art. 611 pkt 2 ustawy PZP w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Jeśli zatem w wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej, czyli już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzi naruszenie przepisów ustawy PZP, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego, to zyskuje on uprawnienie do skierowania do sądu powszechnego powództwa o unieważnienie umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą. Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 ustawy PZP powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 ustawy PZP.

### **194. Wyrok z dnia 11 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1193/23**

W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający stwierdził w nim, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na opisanu przedmio-



tu zamówienia w zakresie określenia parametrów asortymentu wskazanego w poz. 3 załącznika nr 2 do SWZ *Formularz ofertowy* w zakresie części 20 niezgodnie z intencją Zamawiającego. Argumentacja taka nie może zasługiwać na aprobatę. Izba pragnie podkreślić, że SWZ oraz sporządzone na jej podstawie ogłoszenie o zamówieniu stanowią oświadczenie woli zamawiającego co do kształtu przyszłego zobowiązania umownego między zamawiającym a wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę i Zamawiający jest zobowiązany formułować wszystkie swoje intencje i potrzeby w treści tych dokumentów. Postanowienia SWZ są bowiem wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert i uzupełniane o niewyrażone w ich treści intencje Zamawiającego. Analogicznie takie niewyrażone wprost w dokumentacji postępowania intencje nie mogą same w sobie stanowić podstawy do stwierdzenia zaistnienia przesłanki wady postępowania, skutkującej jego unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Taki ma bowiem charakter jedynie wada postępowania obejmująca naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia. (...). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wadliwości postępowania dopatruje się natomiast w fakcie, że wyartykułowane w OPZ wymagania techniczne „dodatkowego otworu przy ostrzu igły” uniemożliwia w jego ocenie zaoferowanie konkretnego produktu tj. kaniul X. W tym miejscu Izba pragnie w pierwszej kolejności zauważyć, że okoliczność że konkretny produkt nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisów.

### **195. Uchwała z dnia 18 maja 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 10/23**

Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp. Takich okoliczności Zamawiający nie wykazał.

Izba wskazuje, że uwarunkowania dotyczące wykorzystania gazów w butlach, na które powołuje się w zastrzeżeniach Zamawiający powinny być znane Zamawiającemu przed publikacją SWZ. Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem medycznym i z tego tytułu winien mieć wiedzę i świadomość zasad związanych z użytkowaniem butli z gazami medycznymi. Z treści zaś zastrzeżeń Zamawiającego wynika, jakoby Zamawiający po złożeniu ofert w przedmiotowym postępowaniu uświadomił sobie, że na podstawie informacji, jakie sam wymagał od wykonawców w formularzu asortymentowo - cenowym nie jest w stanie zweryfikować rzeczywistej wartości gazu, jaką będzie mógł wykorzystać.

Izba stoi na stanowisku, że kreowanie po złożeniu ofert podstaw do unieważnienia postępowania poprzez powoływanie się na niejednoznaczne czy błędne postanowienia SWZ jest działaniem nieuprawnionym. Ustawodawca nie przewidział możliwości unieważnienia postępowania z powodu zaniedbań czy niestaranności Zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji postępowania.

Wykonawca X wypełnił formularz asortymentowo - cenowy zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego w SWZ. Dalej Izba wskazuje, że w treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że wartość nominalna gazu wskazana przez wykonawcę X w formularzu asortymentowo - cenowym nie jest wartością rzeczywistą, jaką Zamawiający będzie mógł wykorzystać oraz, że wykonawca X nie dokonał przeliczenia zgodnie ze wzorem zawartym w SWZ. W tym zakresie, Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w SWZ. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że nie zostały złożone żadne oferty odpowiadające wymaganiom zawartym w SWZ, Zamawiający winien unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający wymagał wskazania oferowanej wartości gazu w gramach. Wykonawca X taką wartość wskazał w formularzu. Skoro Zamawiający uważa, że wykonawca nie dokonał przeliczenia zgodnie ze wzorem zamieszczonym w SWZ, to obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie oferty wykonawcy pod tym kątem i ewentualne jej odrzucenie. (...) W takiej sytuacji podstawą unieważnienia postępowania mógłby być art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający wykreował sam, swoim działaniem podstawę unieważnienia postępowania, powołując się na niejednoznaczne i błędne postanowienia SWZ, które sam przygotował. Zdaniem Izby, nieprawidłowym działaniem zamawiającego jest zastosowanie instytucji unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako narzędzia do sanowania swoich błędów popełnionych na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania. Podmioty publiczne są zobowiązane z najwyższą starannością identyfikować swoje potrzeby przed wszczęciem postępowania, tak aby nie miały miejsca rzekome uchybienia w opisie ich potrzeb na etapie weryfikacji ofert. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jako profesjonalista, miał lub powinien być mieć pełną świadomość swoich potrzeb jakie zamierza zrealizować w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, w szczególności konieczności precyzyjnego uregulowania zasad weryfikacji wartości gazu możliwego do wykorzystania w użytkowanych urządzeniach. Zamawiający powołuje się na rzekome niejednoznaczne zapisy w SWZ próbując wykreować podstawy do unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, słusznie Prezes UZP wskazał, a w złożonych zastrzeżeniach Zamawiający nie wykazał, że postanowienia SWZ w zakresie wymaganej wartości gazu były określone w sposób niejednoznaczny. Zamawiający jednoznacznie określił swoje potrzeby, a powoływanie się na rzekome intencje po otwarciu ofert jest nieuprawnione.

### **196. Wyrok z dnia 1 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1408/23**

Unieważnienie postępowania na tej podstawie prawnej wymaga więc wykazania po pierwsze – że postępowanie jest obarczone wadą, po drugie – że jest to wada niemożliwa do usunięcia, po trzecie – że wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Zatem nie każda wada postępowania, w tym

spowodowana niestarannym przygotowaniem SWZ i popełnieniem w niej błędów czy uchybień, uzasadnia unieważnienie postępowania.

Następnie zaznaczyć należy, że ciężar wykazania okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania spoczywa na zamawiającym. (...) Uzasadnienie faktyczne informacji o unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. O ile niektóre z przesłanek unieważnienia postępowania mają charakter oczywisty, niewymagający szczególnie rozbudowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego (np. w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone), o tyle w przypadku nieusuwalnej wady postępowania konieczne jest wykazanie i przeanalizowanie wszystkich okoliczności leżących u podstaw takiej oceny.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przedstawił wyjątkowo krótkie i ogólnikowe uzasadnienie czynności unieważnienia, nie podejmując nawet próby wykazania, że zaistniały wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał jedynie na wady postępowania, jakie dostrzega, w najmniejszym stopniu nie wykazując pozostałych przesłanek, w szczególności tego, że wskazane wady są tak istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Już tylko z tego powodu unieważnienie należy uznać za nieprawidłowe, a odwołanie za zasadne.

(...) Izba nie dopatrzyła się we wskazanych przez Zamawiającego okolicznościach podstaw do stwierdzenia, że uzasadniają one unieważnienie postępowania. Wskazując na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, Zamawiający stwierdził, że *w opisie przedmiotu zamówienia jednoznacznie nie określił, że w każdym pakiecie wymagany jest telemonitoring*. Nawet jeśli Zamawiający dostrzegł w opisie przedmiotu zamówienia jakąś niejednoznaczność, to powinien ustalić, czy nie da się ustalić właściwej treści wymagań dokonując prawidłowej wykładni postanowień SWZ.

W ocenie Izby postanowienia OPZ w zakresie telemonitoringu nie zawierają braków pozwalających stwierdzić istnienie nieusuwalnej wady postępowania. Skoro Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych pakietów wskazał, że oczekuje urządzeń z *osprzętem i możliwością telemonitoringu*, oznacza to, że wymagał spełnienia funkcjonalności telemonitoringu. Intencja Zamawiającego nie powinna budzić wątpliwości, a wykładnia przeciwna nie ma oparcia w brzmieniu OPZ i prowadzi do nielogicznych wniosków. Po pierwsze nie wykazano, że pojęcie osprzętu może w przypadku zamawianych urządzeń odnosić się do jakichkolwiek innych akcesoriów, niż służące przesyłowi informacji (telemonitoringowi). Po drugie, nieracjonalne byłoby zamawianie urządzeń, które mają tylko potencjał do rozbudowy o telemonitoring, biorąc pod uwagę, że rozbudowa ta musiałaby się wiązać z zakupem konkretnego osprzętu producenta urządzeń dostarczonych w wyniku przedmiotowego postępowania. Jest bowiem okolicznością bezsporną, że osprzęt

do telemonitoringu jest dedykowany do konkretnych urządzeń do elektroterapii serca. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający oczekiwał dostawy takiego sprzętu (zestawu urządzeń), który pozwala prowadzić telemonitoring. Dowodem na zasadność stanowiska przeciwnego nie są złożone przez Przystępującego wyciągi z dokumentacji innych postępowań, gdzie zamawiający w inny sposób wskazywali na konieczność zaoferowania osprzętu do telemonitoringu. Zauważyć należy, że wymagania w tym zakresie mogą zostać sformułowane przy użyciu różnych określeń, a posłużenie się przez Zamawiającego innymi sformułowaniami niż zrobiono to w innych postępowaniach nie świadczy samo w sobie o wadliwym opisanu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że *opis przedmiotu zamówienia nie uwzględniał zasad i warunków w zakresie telemonitoringu*, podkreślić należy, że Zamawiający nie miał obowiązku zawężania swoich oczekiwań w odniesieniu do telemonitoringu i jeśli nie określił, jak ta funkcjonalność ma być realizowana, to oznacza tylko tyle, że może ona być realizowana na różne sposoby, z wykorzystaniem wszystkich dostępnych na rynku rozwiązań.

Odnosząc się natomiast do wskazanej przez Zamawiającego okoliczności, że *zapisy SWZ nie zawierały informacji dotyczących przetwarzania i ochrony danych osobowych, które są niezbędne przy korzystaniu z telemonitoringu*, zauważyć należy, że Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia faktu, że takich informacji w SWZ nie zamieścił, nie podjął jednak próby wykazania, że był to obowiązkowy jej element. Izba nie dostrzega przeszkód, aby mimo braku w SWZ wzoru umowy w zakresie przetwarzania i ochrony danych osobowych, zawrzeć taką umowę w przypadku, gdy dojdzie do przetwarzania danych osobowych – obowiązek taki wynika bowiem wprost z przepisów prawa regulującego ochronę danych osobowych i jest niezależny do treści SWZ.

### **Art. 255 pkt 8**

#### **197. Wyrok z dnia 6 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 204/23**

Wykonawca X nie uchylał się od współdziałania z Zamawiającym i dążeniu do osiągnięcia porozumienia w zakresie wskazanym w zaproszeniu do negocjacji. Wychodził naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, konsekwentnie deklarując przez cały czas negocjacji wolę współpracy, w tym także współpracę w określeniu podziału inwestycji na etapy proporcjonalnie do posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych. Brak było więc podstaw do uznania, że negocjacje nie doprowadzą do zawarcia umowy. Zasada dobrej wiary negocjacji - jak słusznie podniósł Odwołujący - nakazuje bowiem, aby dążyć do zawarcia umowy. Pamiętać przy tym bowiem należy, że art. 72 § 2 k.c. stanowi, że strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. Odpowiedzialność na pod-

stawie tego przepisu zachodzić będzie w szczególności w przypadku wysłania zaproszenia do negocjacji bez intencji zawarcia umowy. Jest to o tyle istotne, iż w tym stanie faktycznym zaproszenie do negocjacji zostało skierowane, zresztą zgodnie z warunkami konkursu, do jego zwycięzcy. W kontekście powyższego trudno dopatrzeć się „niepowodzenia w negocjacjach” i na tej podstawie unieważnić negocjacje w trybie z wolnej ręki. Podstawą unieważnienia postępowania była bowiem wyłącznie ta przesłanka a wykonawca nadal deklarował wolę współpracy.

### **Art. 256**

#### **198. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1022/23**

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że przesłanka unieważnienia sformułowana w art. 256 ustawy Pzp, jest przesłanką przyznającą niejako dodatkowo (w stosunku do przesłanek z art. 255 ustawy pzp) zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione. W przeciwieństwie do przesłanek z art. 255 Pzp które zostały nakreślone znacznie bardziej restrykcyjnie, przesłanka unieważnienia z art. 256 Pzp jest nieostra i pozostawia zamawiającemu pewien luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert. Konkludując, de lege lata o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1074/22). Jednocześnie należy nadmienić, iż przesłanka unieważnienia z art. 256 ustawy Pzp może dotyczyć również wystąpienia okoliczności, które Zamawiający mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania.

#### **199. Wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1543/23**

Rozwiązanie wprowadzone w art. 256 umożliwia więc Zamawiającemu zakończenie postępowania jeżeli oceni on, że dalsze trwanie postępowania jako niezasadne. Podkreślić należy, że przepis art. 256 Pzp nie wskazuje szczegółowych okoliczności, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania na ww. podstawie, a więc przyjąć należy, że możliwych sytuacji jest tu bardzo wiele, w związku z czym interpretacja tego przepisu musi być zawężająca i dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu służyć ma wszczęcie postępowania przetargowego, tj. zawarciu umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Decyzje Zamawiającego powinny być podejmowane z uwagi na ten właśnie cel, wobec czego dla unieważnienia postępowania w warunkach art. 256 Pzp właśnie

ten cel postępowania musi odpaść, bez względu na przyczyny takiego stanu rzeczy. Podkreślić należy, że przepis art. 256 Pzp nie może być „narzędziem” do nieuzasadnionego unieważnienia postępowania, a obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie w uzasadnieniu czynności, że wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

### **Art. 260 ust. 1**

#### **200. Wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 546/23**

W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5) Pzp uzasadnienie faktyczne podane w zawiadomieniu o tej czynności musi zatem zawierać informacje w zakresie wszystkich trzech przesłanek unieważnienia postępowania wynikających z tego przepisu, to jest 1) że wystąpiła istotna zmiana okoliczności, 2) że wystąpienie tej zmiany powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz 3) że nie można było wcześniej przewidzieć wystąpienia tej zmiany ani tego, iż spowoduje ona, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wobec powyższego, w sytuacji, gdy podane w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania opublikowanym w dniu 15 lutego 2023 r. uzasadnienie faktyczne tej czynności nie zawiera wskazania okoliczności w zakresie wszystkich trzech przesłanek unieważnienia postępowania wynikających z art. 255 pkt 5) Pzp, doszło do naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby braki te powodują przy tym, że motywy decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania nie zostały przedstawione w sposób przejrzysty, co uzasadnia uznanie, że w zakresie tej czynności Postępowanie nie było prowadzone w taki sposób, a w konsekwencji stwierdzenie naruszenia art. 16 pkt 2) Pzp.

### **Art. 263**

#### **201. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1854/23**

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby uchylanie się od zawarcia umowy uwarunkowane było złożeniem przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie odmowy zawarcia umowy. Izba wskazuje, że ustawa P.z.p. dokonuje tu rozróżnienia, posługując się w art. 263 sformułowaniem „uchyla się od zawarcia umowy”, natomiast w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit a – sformułowaniem „odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy, zarówno przez niego zawninione, jak i niezawninione. Z przeprowadzonej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykładni pojęcia „uchylanie się od zawarcia umowy” wynika,

iż należy przez to rozumieć zarówno bezpośrednią odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę, jak również całokształt okoliczności danej sprawy, działań lub zaniechań wykonawcy, wskazujących jednoznacznie, bez wątpliwości, że nie ma on zamiaru podpisać umowy lub nie jest w stanie z określonych powodów spełnić przesłanek jej zawarcia (tak np. wyrok z dnia 17 marca 2016 roku sygn. akt: KIO 311/16, wyrok z dnia 4 marca 2014 roku, sygn. akt: KIO 288/14).

W rozpoznawanym przypadku po stronie odwołującego zachodzą okoliczności uniemożliwiające mu zawarcie umowy na warunkach wskazanych ofercie. Zaoferowany przez odwołującego sprzęt został bowiem wycofany z produkcji, zatem przeszkoda w zawarciu umowy ma charakter nieprzemijający. Odwołujący podczas rozprawy podnosił, iż nie miał możliwości dokonania wcześniejszej rezerwacji sprzętu u producenta, jak również, po uzyskaniu informacji o wyborze jego oferty, nie mógł pozyskać sprzętu z innych źródeł. Izba dała wiarę argumentom odwołującego, niemniej jednak doszła do przekonania, że przedstawione okoliczności potwierdzają, iż przyczyny braku możliwości zawarcia umowy leżą po stronie odwołującego. Podkreślenia wymaga, że wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien dołożyć pewnej staranności między innymi w zakresie zbadania, czy oferowany przez niego asortyment będzie dostępny w momencie realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że decyzja o wycofaniu danego sprzętu z produkcji co do zasady nie jest podejmowana z dnia na dzień, zatem odwołujący mógł zawczasu podjąć działania mające na celu upewnienie się co do planowanego okresu jego dalszej produkcji.

#### **Art. 296 ust. 2 zd. 4**

#### **202. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1833/23**

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp ma charakter sankcyjny i nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Zasada ta dotyczy także sytuacji, gdy przewidziane w SWZ wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia posiada charakter kosztorysowy. Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, co wynikało wprost z postanowienia § 9 ust. 1 wzoru umowy. Faktycznie jednak, co słusznie dostrzegł odwołujący, przy takim sposobie kształtowania wynagrodzenia, ostateczna jego wysokość zależy od rzeczywiście wykonanych robót. (...)

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał także ani nawet nie twierdził, aby pozycje kosztorysowe, w których przystępujący podniósł ceny jednostkowe, dotyczyły takiego elementu robót, który w świetle sztuki budowlanej czy zasad doświadczenia życiowego został przez zamawiającego w przedmiarach w taki sposób niedoszacowany, że finalnie prowadziłyby do rezultatu, że zamawiający przyjmując ofertę dodatkową znalazłby się w sytuacji gorszej, niż gdyby przyjął pierwotną ofertę przystępującego.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane ani nawet uprawdopodobnione przez odwołującego, aby zamawiający wskutek przyjęcia dodatkowej przystępującego mógł ponieść jakąkolwiek stratę. W konsekwencji, w okolicznościach danej sprawy, nie zostało udowodnione, aby wskutek zwiększenia wartości w nielicznych pozycjach kosztorysu wykonawca, przy przyjętym kosztorysowym sposobie wynagrodzenia, zamierzał obejść zakaz z art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp.

**Art. 395 ust. 1 pkt 1**

**203. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23**

Zamawiający wskazywał w tym zakresie na przepisy dyrektywy klasycznej (art. 57 ust. 3 i 4), które dopuszczają odstępstwo od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na jego nieproporcjonalność wyłącznie w zakresie obligatoryjnej przesłanki, a nie przesłanek fakultatywnych. Jak wskazał sam Zamawiający przepisy dyrektywy pozostawiają państwom członkowskim kształtowanie przepisów, a skoro ustawodawca unijny dopuszcza odstępstwo od obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania, to skorzystanie z tego mechanizmu na poczet weryfikacji przesłanek fakultatywnych nie może być postrzegane jako sprzeczne z celem dyrektywy. Skoro Zamawiający zauważa różnicę, jaka dotyczy procedury samooczyszczenia, która wprost została w przepisach Ustawy wyłączona przy zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, to nie ma podstaw do traktowania inaczej decyzji ustawodawcy o braku wyłączenia stosowania art. 109 ust. 3 Ustawy. Ponadto, Zamawiający sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie, iż dokonał oceny przesłanki wykluczenia pod względem jej proporcjonalności i możliwości zaniechania wykluczenia wykonawcy, a badanie w tym zakresie odniósł do wielkości naruszenia stanowiącej podstawę wykluczenia – niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie. Odnosząc się do wniosków prezentowanych w odwołaniu dotyczących błędnej implementacji przepisów dyrektywy obronnej w zakresie braku dopuszczenia procedury samooczyszczenia w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać niespójność przepisów krajowych z dyrektywą obronną. Jak wskazał Zamawiający dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. L 216 z 20.8.2009 r.), w art. 39 nie wprowadza procedury samooczyszczenia przy fakultatywnych przesłankach wykluczenia. Tym samym całość argumentacji dotycząca instytucji samooczyszczenia stosowanej przy zamówieniach klasycznych i sektorowych nie ma odniesienia do stanu prawnego wynikającego z przepisów regulujących zasady na jakich udzielane są zamówienia obronne. Powyższe prowadziło do uznania, iż Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 110



ust. 2 i 3 Ustawy w sytuacji gdy przepis art. 395 ust 1 pkt 1 lit a) Ustawy wprost takie wyłączenie wprowadza dla zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Izba stosując Ustawę związana jest treścią przepisów, a te w przedmiocie sporu wyłączają samooczyszczenie w zakresie przesłanek fakultatywnych wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 2-10 Ustawy. (...)

W przypadku zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wykonanie dostawy może mieć szczególne znaczenie, co jest okolicznością znaczącą dla oceny proporcjonalności wykluczenia z postępowania. (...) Należy wskazać, iż w zamówieniach obronnych mogą obowiązywać szczególne zasady w zakresie bezpieczeństwa dostaw, co wynika wprost z art. 23 dyrektywy obronnej, gdzie dopuszczono możliwość *zobowiązania oferenta do ustanowienia lub utrzymania zdolności wymaganej do sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, na warunkach do uzgodnienia (lit. d)*, jak również zobowiązania oferenta do *informowania instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego na czas o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego*. Powyższe wskazuje na odmienne względem zamówień cywilnych zasady współpracy, a tym samym inny miernik znaczenia, jakie może mieć brak wykonania zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

### **Art. 405 ust. 2 pkt 3**

#### **204. Wyrok z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 590/23**

Choć skarżone przesłanki przewidziane przez ustawę Pzp, które powodują wykluczenie podmiotu mają charakter fakultatywny, to swoboda Zamawiającego ogranicza się do decyzji, czy będzie je w prowadzonym postępowaniu stosował, czy też odstąpi od ich stosowania. Jeżeli jednak Zamawiający zdecydował, że korzystał będzie z możliwości wykluczenia po zaistnieniu okoliczności opisanych w przesłankach fakultatywnych, to w momencie ziszczenia się tych przesłanek, Zamawiający nie ma już swobodnego wyboru. Zobowiązany jest przy zastosowaniu odpowiedniej regulacji wykonawcę wykluczyć. Jedną z takich przesłanek fakultatywnych występuje w momencie otrzymania przez zamawiającego bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa. Otrzymanie pisemnego dowodu na posiadanie przez właściwe służby informacji o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa państwa, jest dla zamawiającego wystarczającym i jedynym dowodem na zaistnienie przesłanki wykluczenia z postępowania odwoławczego. Zamawiający ma zatem obowiązek zbadać, czy zaistniała przesłanka wykluczenia, którą przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i w tym celu zamawiający kieruje wniosek do właściwych służb i uzyskując odpowiedź bada jej

treść ustalając, czy właściwa służba przekazała mu, że jest w posiadaniu informacji o wystąpieniu zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa, czy takich informacji nie posiada. Natomiast zamawiający nie został wyposażony w mechanizm weryfikacji zgodności tej informacji z rzeczywistym stanem faktycznym.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie dokonuje oceny prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego, nie zaś innych podmiotów. Tym samym Izba nie jest uprawniona do oceny zasadności informacji przekazywanych zamawiającemu przez instytucję właściwą w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa. Izba może jedynie zbadać, czy zamawiający otrzymał taką informację, czy pochodzi ona od instytucji właściwej w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa i czy dotyczy danego wykonawcy oraz przesłanki jego wykluczenia. Izba nie może natomiast zbadać i ocenić, czy stanowisko wyrażone przez instytucję, jest właściwe. To właśnie wyspecjalizowane instytucje państwa uprawnione są do badania, choćby przez wykonanie czynności operacyjnych, czy mamy do czynienia z wystąpieniem przesłanki.

### **Art. 433 pkt 2**

#### **205. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23**

Podstawową kwestią jest kwestia dotycząca możliwości prawnych nałożenia na Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu. Gmina – jak wynika z doktryny i dotychczasowego orzecznictwa - ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienie publiczne (konkurencyjne), bądź w trybie zamówienia in-house obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Poprzez takie zobowiązanie, zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się cięższej na niej odpowiedzialności wynikającej z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest bowiem szczegółowym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Skoro więc gmina z mocy ustawy ucpg ma obowiązek powierzyć wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w trybie postępowania o zamówienie publiczne bądź też w trybie zamówienia in-house, to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób wykonywania powierzonego zadania ma bowiem decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu. Wobec tego zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c., sposób wyegzekwowania od Wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Dla Zamawiającego istotna jest bowiem

prawidłowa realizacja usługi będącej przedmiotem zamówienia, która z kolei ma bezpośredni wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia wymaganych prawem poziomów recyklingu. (...)

Zadaniem gminy jest bowiem stworzenie na swoim terenie systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na wskazanym przez ustawę poziomie. Taki system Zamawiający stworzył. Zadanie gminy nie polega bowiem na osiąganiu poziomów recyklingu, lecz na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. (...). A ponadto w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłania Wykonawców na odbiór, zbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. To właśnie wybrani Wykonawcy mają zagwarantować Zamawiającemu osiągnięcie ustawowych poziomów recyklingu. Ich odpowiedzialność została ukształtowana dokładnie w taki sam sposób jak odpowiedzialność podmiotów odbierających odpady komunalne na wolnym rynku. Zamawiający odwołał się przy tym do art. 9g pkt 1 - 3 ustawy ucpg, w treści którego wskazano, że podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych wszystkich poziomów zagospodarowania. Tak więc – jak słusznie wskazał Zamawiający - bez Wykonawcy odpowiadającego w pełni za realizację ustanowionego modelu selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych, w tym kontrolę mieszkańców, oraz zarządzającego przepływem odbieranych odpadów, kierującego odbierane odpady do odpowiednich instalacji zagospodarowujących, gmina nie jest w stanie wpłynąć na osiąganie poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych. Prawidłowe świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest bowiem czynnikiem mającym bezpośredni wpływ na wypełnienie warunków umowy, której jednym z obowiązków, obowiązkiem wynikających z ustawy, jest osiągnięcie określonych poziomów recyklingu. Dlatego też brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi nie gwarantowałyby osiągnięcia celu jaki gmina poprzez zlecenie przedmiotowej usługi powinna osiągnąć.

### **Art. 436 pkt 3**

#### **206. Wyrok z dnia 11 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1154/23**

Przepis art. 436 pkt 3) Pzp obliguje zamawiającego do wskazania w umowie limitu kar umownych. Z normy zawartej w przedmiotowym przepisie, jak i innych przepisach Pzp nie sposób wyinterpretować jednak zakazu wprowadzania przez zamawiającego mechanizmów dostosowujących poziom wynagrodzenia do jakości czy też kompletności świadczenia w zakresie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zamawiający posiada uprawnienie do ustalenia kryteriów oceny świadczonych na jego zlecenie usług i wprowadzenia mechanizmu dostosowującego wysokość wypłacanego wynagrodzenia do bieżącego poziomu jakości.

**Art. 436 pkt 4 lit. b****207. Wyrok z dnia 26 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 104/23**

Należy zauważyć, że Zamawiający z jednej strony wymaga od wykonawców oszacowania w kosztach realizacji zamówienia ryzyk związanych ze zmianą sytuacji gospodarczej, inflacją, kosztami zatrudnienia, wymaga najwyższego stopnia profesjonalizmu, przy jednoczesnym ukształtowaniu postanowień umownych w taki sposób, że ryzyko ewentualnych zmian wysokości wynagrodzenia wynikających z waloryzacji określonej w art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp przerzuca na wykonawcę poprzez zagwarantowanie sobie prawa do zakończenia relacji umownych w przypadku subiektywnego uznania, że wzrost jest zbyt wysoki. Takie działanie stanowi naruszenie art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby zaproponowany przez Zamawiającego sposób ukształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego sprzeciwia się właściwości i naturze stosunku zobowiązaniowego, jaki wynika z przepisów ustawy Pzp. Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałości zobowiązania i jego wykonanie w okresie obowiązywania umowy. Zakończenia takiej relacji zobowiązaniowej ustawodawca ogranicza do sytuacji określonych przepisami ustawy. Nie ma w tym zakresie dowolności Zamawiającego.

**Art. 439****208. Wyrok z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 935/23**

Odnosząc się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Norma zawarta w art. 439 Pzp nie zobowiązuje w szczególności Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ani aby w każdym przypadku następowała zmiana taka wysokości ww. wynagrodzenia, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę (wysokość zysku, który osiągnie wykonawca). Rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wyko-

nawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego.

### **209. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1272/23**

Wymaga zauważenia, że celem klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówienia publicznego nie jest całkowite wyeliminowanie ryzyka związanego ze zmianą cen lub kosztów, lecz jego ograniczenie. Zastosowanie klauzul waloryzacyjnych ma prowadzić do przywrócenia równowagi kontraktowej, zachwianej w wyniku obciążenia jednej ze stron nadmiernym ryzykiem kontraktowym. Równowaga ta przejawia się między innymi tym, że ryzyko zmian okoliczności towarzyszących realizacji umowy powinno być ponoszone przez obydwie strony umowy. Obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem kontraktowym jest niekorzystne również dla zamawiającego. Zastosowanie zbyt rygorystycznego rozwiązania, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, prowadzić będzie do nadmiernego zabezpieczenia ryzyka kontraktowego wykonawcy w cenie ofertowej, co należy uznać za niekorzystne z punktu widzenia finansowych publicznych. Jednocześnie, należy zauważyć, że wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traktuje się jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Powinnością takiego wykonawcy jest dokonanie oceny ryzyka związanego z realizacją danego kontraktu.

### **210. Wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1735/23**

To obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy.

(...) ustawodawca, nakładając na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia.

(...) Zamawiający może więc określić, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia. I w tym stanie faktycznym tak też się stało. Tak więc uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia nie powstanie w przypadku dowolnej zmiany ceny materiałów lub kosztów, a tylko w przypadku osiągnięcia określonego przez Zamawiającego w umowie poziomu, w tym przypadku „ponad 10%”. Ustalenie tego „aktywatora” na poziomie 1%, jak słusznie podniósł Zamawiający, wypaczy nadzwyczajny charakter waloryzacji, której celem jest umożliwienie przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej stronom umowy, która zachwiana została określonymi zdarzeniami, mogącymi mieć miejsce w trakcie realizacji zamówienia. To przecież Zamawiającemu pozostawił ustawodawca swobodę w ustaleniu sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który ustalając ten wskaźnik musi uwzględniać specyfikę danej branży i uwarunkowania danego zamówienia, w tym także termin realizacji zamówienia.

**Art. 455 ust. 1 pkt 1****211. Uchwała z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 4/23**

Klauzule przeglądowe muszą zawierać co najmniej rodzaj i zakres zmian, warunki ich wprowadzenia oraz ewentualne zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia. Postanowienie zawarte we wzorze umowy tj.: (...) *dopuszcza się zmianę umowy w zakresie sposobu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego na sposób spełnienia świadczenia (...)*, nie spełnia w/w wymagań. Nie określa ani rodzaju, ani zakresu zmian umowy, ani zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający nie wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy nie uleganie zmianie w przypadku konieczności zmiany zakresu zamówienia (jego zmniejszenia) wynikającego ze zmian przepisów prawa, a przecież taki mechanizm zastosował w przedmiotowej sprawie. Przekazanie takiej informacji wykonawcom na etapie publikacji SWZ i wzoru umowy stanowiłoby, zdaniem Izby, istotną okoliczność determinującą uczestnictwo w postępowaniu przetargowym.

**Art. 455 ust. 1 pkt 3****212. Uchwała z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 2/23**

Ustawa nie określa przy tym żadnych ograniczeń rodzajowych odnoszących się do przedmiotu samej zmiany a więc zakresu rzeczowego zamówienia dodatkowego. Może nim być więc objęte jakiegokolwiek świadczenie nieobjęte przedmiotem pierwotnie udzielonego zamówienia, o ile stało się one niezbędne. Jednak ani ustawa Pzp, ani dyrektywa nie precyzują na czym ma polegać niezbędność zamówienia dodatkowego. Niezbędność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być zatem interpretowana funkcjonalnie, jako zaistnienie stanu faktycznego rodzącego konieczność zlecenia dodatkowego zakresu rzeczowego, który nie był objęty przedmiotem pierwotnego zamówienia. Chodzi o wykonanie prac, które są konieczne dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania dotyczącego realizacji zadania podstawowego. Niezbędność zlecenia przez Zamawiającego zamówienia dodatkowego musi mieć więc związek z realizowanym zamówieniem podstawowym. Oznacza to więc, że Zamawiający, chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, musi wykazać nie tylko to, że dodatkowe zamówienie nie zostało uwzględnione w zamówieniu podstawowym, ale i, że jest ono niezbędne do wykonania umowy. Zamówienie dodatkowe powinno być bowiem udzielone w niezbędnym, tj. koniecznym i zarazem minimalnym zakresie, pozwalającym na wykonanie zamówienia podstawowego.

**Art. 455 ust. 1 pkt 4****213. Uchwała z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 4/23**

Izba wskazuje, że akt: prawa miejscowego jest aktem niższej rangi niż ustawa. A zatem Zamawiający jest zobowiązany realizować umowę o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wszelkie akty normatywne niższego rzędu, w tym uchwały Rady Gminy, muszą być interpretowane w taki sposób, aby zachować zgodność z treścią przepisów ustaw i nie mogą podważać zasad udzielania zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu, w tym przypadku Rady Gminy w celu uzasadnienia istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, w szczególności, iż okoliczności zmiany umowy są szczegółowo uregulowane przez przepisy ustawy Pzp.

**Art. 462 ust. 1****214. Wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1388/23**

(...) w sytuacji podziału zamówienia na części, czy umożliwienia wykonawcom składania ofert częściowych, jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, poszczególne części zamówienia stają się odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot oraz wszczęcie procedury. W stosunku do każdej z takich części Zamawiający osobno formułuje wymagania formalne, jakie zobowiązani są spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie, odrębnie dla każdej części dokonuje czynności badania i oceny ofert, badania podstaw wykluczenia wykonawców, spełniania warunków udziału w postępowaniu, określa kwotę wadium dla każdej części, dla każdej z części odrębnie bada też podstawy unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że przewidzianą w art. 462 ustawy Pzp możliwość powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcy należy interpretować jako umożliwienie wykonywania pewnego zakresu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż wykonawca, z którym zamawiający zawiera umowę. Wykonawcy, zobowiązani przez zamawiającego w dokumentach zamówienia do wskazania w ofercie, które części zamierzają powierzyć podwykonawcom, określają je przedmiotowo, wskazując na zakres, element zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący, jako profesjonalista funkcjonujący na rynku, ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był, z uwagi na wymogi dokumentów postępowania, do określenia zakresu zamówienia, jaki zamierza powierzyć podwykonawcy.

W ocenie Izby, dokumenty zamówienia oddają w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą Pzp, intencje Zamawiającego oraz ustawodawcy. W Rozdziale XIII pkt 8 ppkt 3 SWZ Zamawiający wskazał na „Wykaz części prac powierzonych podwykonawcy”.

Taki tytuł nadał Zamawiający załącznikowi nr 8 do SWZ. Czytelność tych dokumentów potwierdza okoliczność, że ubiegający się o to samo zamówienie wykonawca X złożył prawidłowe oświadczenie w tym przedmiocie – w pkt 7 Formularza ofertowego wykonawca ten wskazał, że w ramach części nr 3 (B-11) powierzy podwykonawcy montaż układu kontrolno-pomiarowego poziomu cieczy, gęstości i temperatury w zbiornikach.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że złożone przez Odwołującego w Formularzu ofertowym oświadczenie o powierzeniu podwykonawcy wykonania zamówienia w postaci części nr 3, powtórzone w załączniku nr 8 do SWZ, jest niezgodne z dyspozycją art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

**215. Wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1492/23,  
KIO 1527/23**

(...) realizacja zamówień publicznych co do zasady opiera się na regule szerokiego dopuszczenia podwykonawstwa. Jego ograniczenie musi być traktowane wyjątkowo i wprowadzane w ściśle uzasadnionych przypadkach. Zamawiający może skorzystać z możliwości, przewidzianej w art. 121 ustawy Pzp, wskazując w treści SWZ jakie zadania ma wykonawca zrealizować samodzielnie, bez udziału podwykonawców. (...) W ocenie Izby jedynym ograniczeniem, które wprowadzają przepisy ustawy Pzp, jest możliwość powierzenia podwykonawcy lub podwykonawcom całości prac objętych przedmiotem zamówienia. Wskazuje na to treść art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to, co do zasady, przysługuje niezależnie od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy). Jednakże, co wynika z literalnego brzmienia przepisu, który wskazuje na „część” zamówienia, nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy wykonania całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega. Ponownie jednak należy zaznaczyć, że w świetle postanowień ustawy Pzp, nie ma możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia w dokumentach zamówienia, iż zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakresu udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (...). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego, zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (...). Takie postanowienia byłyby sprzeczne zasadami określonymi w ustawie, której przepisy mają na celu umożliwienie w jak najszerszym zakresie ubiegania się o zamówienia publiczne wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Ci z kolei, z reguły, biorą udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.



**Art. 505 ust. 1****216. Wyrok z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 264/23**

Z przedstawionego orzecznictwa wynika, że postrzeganie interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, rozumianego jako zawarcie umowy na konkretny przedmiot zamówienia, a nie jako zawarcie umowy w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego upowszechnia się w orzecznictwie. Interes we wniesieniu odwołania nie może być jednak rozumiany w ten sposób, że uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej jest podmiot ostatecznie wykluczony lub taki, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez zamawiającego.

**217. Wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 728/23,  
KIO 751/23**

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego X została uznana za najkorzystniejszą, zatem podnoszenie zarzutów dotyczących kwestii zgodności konkurencyjnej oferty wykonawcy Y z wymaganiami zamówienia, w żaden sposób nie wpływa na ocenę oferty Odwołującego i jego pozycję w rankingu, i nie zagrażają pozycji Odwołującego. Potencjalnej szkody w wyniku oceny oferty Y dokonanej przez Zamawiającego, również nie poniesie Odwołujący nawet w przypadku ewentualnego zakwestionowania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, bowiem w takiej sytuacji nie zachodzi związek przyczynowy pomiędzy oceną oferty Y i podniesionymi w Odwołaniu X zarzutami, a ewentualnym uwzględnieniem przez KIO odwołania dotyczącego oferty Odwołującego X. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania są wymierzone wyłącznie przeciwko ofercie konkurenta, którego pozycja w rankingu nie zagraża Odwołującemu X, a ewentualne ich uwzględnienie nie wpływa na tę pozycję (...)

W okolicznościach przedmiotowej sprawy interesu odwołującego można było dopatrywać się w samym dążeniu do unieważnienia postępowania. W tym kontekście Izba zwróciła uwagę, że treść art. 505 ust. 1 Pzp, który w odróżnieniu do brzmienia określonego w art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 r., nie zawiera zwrotu odnoszącego się do „danego zamówienia”, co oznacza zmianę zakresu pojęciowego przesłanki interesu w stosunku do treści analogicznego przepisu sprzed nowelizacji. Zmiana ta pozwala na szerszy zakres zastosowania środków ochrony prawnej i znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu

zamówienia (wyrok z dnia 11 maja 2017 r., Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C 100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C689/13). W stanie faktycznym niniejszej sprawy odwołujący nie został ostatecznie wykluczony z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona, ponadto odwołujący kwestionował czynność zamawiającego dotyczącą ewentualnego wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a przez wniesione odwołanie dążył do wyeliminowania takiej oferty, co mogło doprowadzić do stwierdzenia przez zamawiającego, że nie będzie on w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty, co oznaczało, że miał on interes w uzyskaniu zamówienia.

### **218. Wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1174/23**

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż na skutek upływu terminu związania ofertą Odwołujący utracił interes we wniesieniu odwołania oraz że nie może ponieść szkody na skutek działań Zamawiającego, które kwestionuje w odwołaniu. Upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie ewentualnemu dokonaniu wyboru oferty i zawarciu umowy z wykonawcą. To oznacza, że Odwołujący może nadal ponieść szkodę, która wynika z braku możliwości uzyskania tego zamówienia. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów powszechnych, np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. akt: XXIII Ga 924/14, w którym Sąd podkreślił, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobne stanowisko wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt: XIII Ga 379/12: celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy, co służy głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą różnicą, że działania zgodne z jej treścią (zawarcie umowy na warunkach oznaczonych w ofercie) jest zależne wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy.

### **219. Wyrok z dnia 31 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1379/23**

Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Z przepisu tego należy wywieść, że choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy, ale tylko od takiej, która uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia - zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą

wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący takiego interesu ani szkody nie wykazał, w szczególności aby którakolwiek z czynności Zamawiającego stwarzała zagrożenie naruszenia interesu Odwołującego skutkującego poniesieniem szkody w zakresie nieuzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu dokonane przez Zamawiającego czynności zmierzały bezpośrednio do realizacji tego interesu tj. udzielenia Odwołującemu przedmiotowego zamówienia. W szczególności oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako najwyższej oceniona, Zamawiający w toku badania oceny i ofert uznał ofertę Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu, zaś na podstawie złożonej oferty i przedłożonych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych uznał, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W konsekwencji dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym żadna z czynności dokonanych przez Zamawiającego nie godziła w interes Odwołującego w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przeciwnie – to Odwołujący kwestionuje w treści odwołania czynność Zamawiającego, która ten interes miałaby zrealizować.

Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania, na którą zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 Pzp składa się posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, stanowi przesłankę oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia.

## **220. Wyrok z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1619/23**

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Pogląd ten jest jednoznaczny i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od lat (...). W odwołaniu Odwołujący podał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie zawarcia umowy ramowej. Odwołujący uzasadniał jednocześnie, że złożył ofertę w postępowaniu i zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dnia 24 maja 2023 r. jego oferta została wybrana jako jedna z najkorzystniejszych ofert, co kwalifikuje go do zawarcia umowy ramowej. Ma też szansę na zawarcie umów

wykonawczych. Uwzględnienie odwołania zwiększy szanse Odwołującego na zawarciu tych umów wykonawczych. Zamawiający podniósł w trakcie rozprawy, że Odwołujący *nie wykazał potencjalnie jaki interes miałoby to naruszeń i w jaki sposób wyrządzić szkodę.*

W ocenie Izby niezbędnym jest zaznaczenie w pierwszej kolejności, że postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej stanowi etap postępowania prowadzącego do zawarcia umowy wykonawczej (udzielenia zamówienia). Przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między Zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości (art. 7 pkt 29 ustawy).. Jest to zatem umowa, która reguluje zasady zawierania umów o zamówienie. Natomiast zamówieniem będzie odpłatna umowa zawarta między Zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem będzie nabycie przez Zamawiającego od wybranego wykonawcy określonych dostaw, w tym przypadku będzie to umowa wykonawcza (art. 7 pkt 32 ustawy), a udzieleniem zamówienia będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 25 ustawy). Podkreślić należy, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ww. przepis jednoznacznie referuje do uzyskania zamówienia, czyli zawarcia umowy wykonawczej. Niemniej, czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzące do zawarcia umowy ramowej stanowiącej etap postępowania prowadzącego do zawarcia umowy wykonawczej, również podlegają badaniu w ramach podnoszonych przez wykonawców środków ochrony prawnej. Każdy wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, interes we wniesieniu odwołania oraz ewentualną szkodę jaką może ponieść w wyniku naruszeń przez zamawiającego podnoszonych przepisów prawa, uzasadnia adekwatnie do etapu prowadzonej procedury. W ocenie Izby prezentowana przez Odwołującego argumentacja w odwołaniu, a odnosząca się do przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, spełnia wymagania ustawowe. Jednoznacznie bowiem Odwołujący wyjaśnił, że wniesienie odwołania i jego uwzględnienie zwiększy szanse wykonawcy na zawarcie umów wykonawczych. Odwołujący wyjaśnił również, że został zakwalifikowany do zawarcia umowy ramowej. Fakt, że Odwołujący został zakwalifikowany do zawarcia umowy ramowej, która jest etapem do udzielenia zamówienia - zawarcia umów wykonawczych determinuje, że kluczowym dla wykazania przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy na tym etapie, jest wyjaśnienie, że uwzględnienie odwołania zwiększy szanse Odwołującego na zawarcie umów wykonawczych. W ocenie Izby w takim stwierdzeniu wykonawcy, przy uwzględnieniu etapu postępowania, materializują się przesłanki wniesienia odwołania z ww. przepisu ustawy. Izba podkreśla, że zacytowanie treści przesłanek czy też powołanie ich literalnego znaczenie – choć nie jest błędem – nie jest konieczne dla faktycznego ich wykazania.

**221. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23, 1659/23**

Zdaniem Izby nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego dotyczące braku interesu do wniesienia odwołania. Zdaniem Izby ewentualne unieważnienie postępowania z powodu braku możliwości zwiększenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jest okolicznością przyszłą i niepewną. To, że obecnie Zamawiający stoi na stanowisku, że nie ma takiej możliwości nie oznacza, że nie mogą zaistnieć okoliczności, które wpłyną na zmianę tego stanowiska. Zatem brak jest podstaw, wobec przyszłego charakteru takiej czynności, do uznania zasadności twierdzeń, że w przypadku odrzucenia oferty konkurenta Zamawiający nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości oferty Odwołującego. Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego i nie można z całą pewnością wykluczyć, że takie zwiększenie nie nastąpi. Z tego względu, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

**222. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1725/23**

Izba wskazuje, że zgodnie z utrwalonym poglądem, interes w uzyskaniu zamówienia to każdy interes zarówno faktyczny, jak i prawny w uzyskaniu zamówienia związany z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena, czy istnieje interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia badana jest na podstawie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Odwołujący wskazał, że utracił możliwość uzyskania zamówienia publicznego w Postępowaniu na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego oraz że uwzględnienie odwołania spowoduje przywrócenie jego oferty do Postępowania z uwagi na to, że jest ona korzystniejsza niż oferta wybrana przez Zamawiającego. A wobec powyższego Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Niezrozumiałe dla Izby jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym w razie uwzględnienia odwołania w całości, możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia przez Odwołującego jest wyłącznie teoretyczna, ponieważ w swoim odwołaniu nie wniósł zarzutów co do oferty złożonej przez wykonawcę X (czyli oferty z najniższą ceną). Oferta wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę została przez Zamawiającego odrzucona, a wykonawca nie wniósł od powyższej czynności odwołania, którą to okoliczność potwierdził w piśmie z 28 czerwca 2023 r. - odpowiedzi na odwołanie Zamawiający. Prawdopodobnie z faktu, iż oferta wykonawcy z najniższą ceną została odrzucona z tych samych powodów co oferta Odwołującego, Zamawiający wywodzi wniosek, iż Odwołujący powinien zaskarżyć również czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy. Ponieważ wykonawca ten nie zaskarżył tej czynności, w ocenie Zamawiającego oznacza to, że nie kwestionuje on ustaleń Zamawiającego. W ocenie Izby, powyższe stanowisko jest błędne. Z faktu, że wykonawca, którego oferta posiadała najniższą cenę nie zaskarżył czynności odrzucenia jego oferty nie wynika w żadnym razie, że powyższa czynność

jest prawidłowa. W przypadku wniesienia odwołania do obowiązków Krajowej Izby Odwoławczej należy zbadać, czy kwestionowana przez wykonawcę czynność zamawiającego jest zgodna z przepisami ustawy Pzp. Taka kontrola, w przypadku sprawy rozpoznawanej przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym, dotyczy jednak czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ to on wniósł odwołanie.

### **223. Wyrok z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1756/23**

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji materialnoprawnej uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Izba nie uwzględniła zarzutu Zamawiającego, co do braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz braku możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – w sytuacji wniesienia odwołania wobec czynności wezwania do wyjaśnień czterech wykonawców, poprzedzających w rankingu ofert Odwołującego, która to czynność, w przypadku uznania, że powinna być wykonana przez Zamawiającego, mogłaby doprowadzić ostatecznie do odrzucenia ww. ofert, i w konsekwencji – do zmiany rankingu ofert w postępowaniu na korzyść Odwołującego. Hipotetycznie czynność wezwania mogłaby skutkować odrzuceniem tych ofert i wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, nie można bowiem wykluczyć, że złożone przez wykonawców wyjaśnienia potwierdziłyby rażąco niskie ceny ich ofert.

#### **Art. 506 ust. 2**

### **224. Wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1723/23**

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego z uwagi na okoliczność, że przedłożył on dokumenty w języku angielskim, z tłumaczeniem tylko jego niewielkich fragmentów. W ocenie Izby tłumaczenie musi dotyczyć całego dokumentu, a nie jedynie jego fragmentów. Tylko dokument przetłumaczony na język polski może stanowić wartość dowodową w sprawie, gdyż jedynie taki dokument umożliwia prawidłową ocenę takiego dokumentu i tym samym ocenę dowodu. Dlatego też wybiórcze przetłumaczenie niewielkich fragmentów uniemożliwiło Izbie weryfikację jego treści.

#### **Art. 515 ust. 1**

### **225. Wyrok z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 388/23**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż twierdzenia Odwołującego o niewłaściwym sformułowaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy uznać za spóźnione. Odwołanie przysługuje na każdą niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. art. 513 pkt 1 ustawy Pzp) i co do zasady – w postępowaniach o war-

tości mniejszej niż progi unijne - może zostać wniesione w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (por. art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp). Jeśli zdaniem Odwołującego sposób sformułowania wezwania (jego zakres lub treść) naruszał przepisy ustawy Pzp, to mógł on skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej gdy otrzymał wezwanie. Nie uzasadnia dopuszczenia możliwości zakwestionowania treści wezwania do wyjaśnień na obecnym etapie postępowania stanowisko Odwołującego, iż samo skierowanie wezwania nie doprowadziło do powstania po stronie Odwołującego szkody. Izba wskazuje, iż dla uznania, że spełnione zostały materialnoprawne przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wystarczająca jest sama potencjalna możliwość poniesienia szkody, a nie faktyczne jej wystąpienie. Odwołujący miał zatem możliwość podniesienia zarzutu dotyczącego nieprawidłowej treści wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na wcześniejszym etapie postępowania.

### **226. Postanowienie z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1319/23**

Zgodnie z dokumentami przekazanymi do Izby przez Zamawiającego na potwierdzenie powyższych okoliczności (Historia korespondencji Zamawiającego z Odwołującym wygenerowana 12 maja 2023 r. z platformazakupowa.pl) informacja o wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie pakietu nr 1-3, 7-11, 13 oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 12 została wysłana do Odwołującego 2 maja 2023 r. i odczytana przez Odwołującego 4 maja 2023 r. Informacja ta jest zgodna z przytoczonym stanowiskiem Odwołującego, co do zachowania terminu do wniesienia odwołania. (...) Izba ustaliła, że termin do wniesienia odwołania upłynął 8 maja 2023 r., a należało go liczyć od daty przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, nie zaś od dnia, w którym Odwołujący zapoznał się z tą informacją.

### **Art. 515 ust. 2**

### **227. Wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23**

Chociaż Odwołujący podnosił zarzut względem czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to kwestionowanie możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, faktycznie należy odnieść do ustalonych na etapie ogłoszenia o zamówieniu zasad oceny wniosków. Zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia w procedurze przetargowej wymaga uprzedniego wskazania w dokumentacji postępowania, a tym samym każdy wykonawca mając zastrzeżenia co do możliwości oceny podmiotowej wykonawcy w zamówieniu publicznym z dziedziny obronności i bezpieczeństwa we wskazanym zakresie, powinien podnosić zarzuty wobec treści ogłoszenia o zamówieniu ewentualnie treści specyfikacji warunków zamówienia.

**Art. 515 ust. 3****228. Wyrok z dnia 28 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 383/23**

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że przyjęcie do merytorycznego rozpoznania zarzutów, które dotyczyły okoliczności, o których Odwołujący dowiedział się w ramach pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, co nie uległo ponownej analizie, ani jakiegokolwiek zmianie – stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazujących na obowiązek wniesienia zarzutów w ustawowym terminie pięciu dni od daty powzięcia wiedzy o wskazanych okolicznościach i byłoby nieuprawnionym przywróceniem zawitego terminu, któremu Odwołujący uchybił. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej jest kluczową zasadą polegającą na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie zarzutów dotyczących działań lub zaniechań Zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten podlega odrzuceniu.

**Art. 519 ust. 1****229. Postanowienie z dnia 18 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1861/23**

Jak wynika z akt: sprawy, Odwołujący pismem z 4 lipca 2023 r. został wezwany do uzupełnienia braku formalnego w postaci dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania (z tłumaczeniem na język polski). W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący uzupełnił dowód uiszczenia wpisu wraz z tłumaczeniem na język polski w postaci wydruku zlecenia płatności transgranicznej. Ww. dowód jest datowany na 28 czerwca 2023 r., jednak jest to data podpisu i pieczętki przedstawiciela banku. Natomiast w dowodzie tym została również ujawniona data 30 czerwca 2023 r., określona jako „*data waluty*”. W dowodzie tym termin „*data waluty*” został zdefiniowany jako „*dzień rozliczenia, w którym prawo do dysponowania kwotą transakcji płatniczej przechodzi z banku zlecającego na bank pośredniczący lub na bank odbiorcy płatności*”. Oznacza to, że jest to przynajmniej dzień obciążenia rachunku bankowego wpłacającego. Dodatkowo Izba ustaliła, że zgodnie z wydrukiem pochodzącym od Narodowego Banku Polskiego Oddział Okręgowy w Warszawie „*Wtórnik otrzymanych zleceń płatniczych*”, data obciążenia/wpływu, data autoryzacji, data rozrachunku, a także data przetworzenia, to w każdym przypadku ta sama data, tj. 30 czerwca 2023 r. Zatem wpłata na rachunek Urzędu nastąpiła również 30 czerwca 2023 r.

Na podstawie akt: postępowania odwoławczego, w szczególności pisma Zamawiającego z 4 lipca 2023 r., Izba ustaliła, że informacja o czynności stanowiącej podstawę odwołania, tj. wybór najkorzystniejszej oferty miała miejsce 19 czerwca 2023 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania upływał 29 czerwca 2023 r. Ustalenie to jest zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego podanym w treści odwołania.



Powyższe oznacza, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 4 lipca 2023 r. do uzupełnienia dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania (z tłumaczeniem na język polski) powinien był złożyć potwierdzenie uiszczenia wpisu, z którego wynikać będzie, że najpóźniej 29 czerwca 2023 r. na rzecz Urzędu, tytułem wpisu, nastąpiła wpłata lub został obciążony rachunek bankowy wpłacającego, co nie miało miejsca. Z uzupełnionego potwierdzenia uiszczenia wpisu od odwołania nie wynika bowiem, aby któreś z powyższych zdarzeń miało miejsce najpóźniej 29 czerwca 2023 r., lecz wynika z jego treści że miało to miejsce 30 czerwca 2023 r., tj. po terminie na wniesienie odwołania, a okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona wydrukiem pochodzącym od Narodowego Banku Polskiego Oddział Okręgowy w Warszawie „*Wtórniki otrzymanych zleceń płatniczych*”. (...) W związku z powyższym odwołanie podlegało zwrotowi, stosownie do treści art. 519 ust. 1 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp.

#### **Art. 520 ust. 1**

#### **230. Wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1295/23**

W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

#### **Art. 520 ust. 2**

#### **231. Wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 680/23**

Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp, „cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”. Mając na względzie, że stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp w przypadku cofnięcia odwołania Izba zobowiązana jest umorzyć postępowanie odwoławcze, w świetle treści art. 520 ust. 2 Pzp nie może ulegać wątpliwości, że cofnięcie odwołania powoduje, że złożone w toku tego postępowania oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przestaje wywoływać skutki prawne. Gdyby przyjąć, że przedmiotowe oświadczenie zamawiającego nie przestaje wywoływać skutków prawnych pomimo cofnięcia odwołania i umorzenia postępowania odwoławczego z tego powodu, w związku z czym zamawiający zobowiązany

jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, cofnięcie odwołania prowadziłyby do pozbawienia wykonawcy innego niż ten, który wniósł odwołanie, możliwości skutecznej ochrony swych praw.

W przypadku, gdy wykonawca ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nie mogłoby do dojść do wydania korzystnego dla niego orzeczenia Izby ani w tym postępowaniu odwoławczym ani w innym. W sytuacji, gdyby zgłoszono przystąpienie do tego postępowania odwoławczego, nie miałyby on możliwości skutecznego wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W przypadku zaś, gdyby oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przed upływem terminu, w jakim wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, w ogóle nie mógłby skutecznie zgłosić takiego przystąpienia. Takie rozumienie art. 520 ust. 2 Pzp i art. 522 ust. 2 Pzp musi być więc uznane za nieprawidłowe.

### **Art. 525 ust. 3**

#### **232. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 209/23**

W ocenie składu orzekającego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego powinien być rozumiany szeroko, a ustawodawca w sposób świadomy, mając na uwadze zasady zupełności i racjonalności systemu prawa, rozróżnił przesłankę materialnoprawną interesu z art. 505 ust. 1 p.z.p. i art. 525 ust. 1 p.z.p., gdzie „Aby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. *Lege non distinguente* za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu”. Jest to spójne z koniecznością zapewnienia efektywnej ochrony sądowej, która jest zasadą wywodzoną z TFUE, jako zasada ogólna prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie 222/84 wskazał, że stanowi ona warunek konieczny dla zasady skuteczności prawa Unii Europejskiej.

Według Izby wykładnia norm dotyczących postępowania odwoławczego powinna zmierzać do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców, celem zapewnienia im skutecznej ochrony sądowej, także poprzez zapewnienie prawidłowego kręgu uczestników postępowania odwoławczego.

**Art. 526 ust. 2****233. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23,  
KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23**

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy X, uznając że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca który zgłosił przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Interes zgłaszającego przystąpienie jest pojęciem znacznie szerszym, niż interes do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie. Istotne jest jedynie aby interes przystępującego pozostawało w adekwatnym związku przyczynowym z odwołaniem strony, do której przystępuje wykonawca zgłaszający przystąpienie. Przystępujący zgłasza bowiem przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

**Art. 528 pkt 2****234. Postanowienie z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 437/23**

Podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp będzie podmiot nie posiadający legitymacji czynnej wynikającej z art. 505 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Legitymacji takiej nie będzie posiadał m.in. podmiot, który nie jest wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle ww. definicji status wykonawcy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia uzależniony jest od czynnego uczestnictwa tego podmiotu w danym etapie tego postępowania. O ile przed upływem terminu składania ofert status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który wyraża wolę uczestnictwa w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle po upływie terminu składania ofert, status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu przysługiwał będzie tym podmiotom, które złożyły ofertę, zaś na etapie realizacji umowy podmiotowi, który tę umowę zawarł. Przy czym w ślad za orzecznictwem należy podkreślić, iż sam fakt: złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przymiot wykonawcy można utracić w toku tego postępowania, chociażby w wyniku zaniechania za-

skarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 8 lutego 2023 r. zawiadomił wykonawców jednocześnie o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu wszystkich pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący zakresem odwołania objął wyłącznie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, domagając się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania. Powyższe Odwołujący motywował tym, że da mu to szansę na złożenie w kolejnym postępowaniu prawidłowej oferty i uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie kwestionował decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, dążył jedynie do unieważnienia postępowania, aby mieć ewentualną możliwość ponownego przygotowania oferty. Odwołujący nie podjął próby zapobieżenia eliminacji jego oferty z postępowania, akceptując ostateczną ocenę jego oferty dokonaną przez Zamawiającego. Powyższe zaniechanie wiąże się dla Odwołującego z określonym skutkiem - w wyniku czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował w ustawowym terminie (przez podniesienie w ramach odwołania zarzutów w tym zakresie), Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu (...).

### **235. Postanowienie z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 552/23**

Odwołujący niewątpliwie posiadał status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie). Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował (przez wniesienie odwołania w tym zakresie w określonym ustawą terminie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie podważać czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował ze swojego statusu „wykonawcy” - aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, Odwołujący nie jest w ocenie Izby uprawniony do wniesienia odwołania, podważania oferty Konkurenta w postępowaniu, w którym oferta Odwołującego została odrzucona, a której to czynności Odwołujący nie podważał. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie podejmując próby przywrócenia oferty do postępowania, spowodował że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty stała się ostateczna, a Odwołujący utracił status wykonawcy. Powyższe prowadzi

do uznania, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, co stanowi przesłankę odrzucenia odwołania zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy pzp.

### **236. Postanowienie z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1209/23**

Dlatego też, Odwołującego należy zweryfikować pod kątem ustalenia, czy nadal (pomimo ostatecznego stwierdzenia przez Sąd Okręgowy zasadności odrzucenia jego oferty), można mu przypisać status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Choć Odwołujący jest osobą prawną, która oferuje na rynku świadczenie usług, ubiegał się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, to złożył ofertę, która ostatecznie (wyrokiem Sądu Okręgowego) została odrzucona. Zdaniem Izby, status wykonawcy wiąże się z możliwością czynnego uczestnictwa wykonawcy w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Sam fakt: złożenia oferty w postępowaniu nie gwarantuje zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić - przykładowo w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę - czynności zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty. (...) Zgodnie z wyrokiem TSUE dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona. Trybunał wskazał, że *art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany.*

### **237. Postanowienie z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1534/23**

Zgodnie z art. 98 ust. 3 ustawy Pzp, złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą

wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. Wniosek złożony przez Odwołującego w dniu 26 maja 2023 r. jest wnioskiem o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp. Konsekwencje czynności Odwołującego dokonanej w dniu 26 maja 2023 r. określił ustawodawca w art. 98 w ust. 3 ustawy Pzp tj. czynność ta powoduje rozwiązanie stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą i utratę przez wykonawcę prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX ustawy Pzp, a więc m.in. prawa do wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie, Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania z uwagi na czynności jakie wykonawca wykonał w dniu 26 maja 2023 r. i regulacje zawarte w art. 98 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł bowiem odwołanie w dniu 29 maja 2023 r., a więc po złożeniu wniosku o zwrot wadium. Zatem, w dniu złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej tj. w dniu 29 maja 2023 r. Odwołującemu nie przysługiwało prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX ustawy Pzp, a więc m.in. prawa do wniesienia odwołania. W konsekwencji, Izba uznała, że ziszczyły się przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

### **238. Wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1620/23**

Izba ustaliła, że w okolicznościach stanu faktycznego sprawy Odwołujący złożył ofertę wyłącznie w części II zamówienia. Brak złożenia oferty przez Odwołującego w części I, części III i w części IV zamówienia skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego w w/w części zamówienia na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Izba wskazuje, że zgodnie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy». Podmioty uprawnione do korzystania ze środków ochrony prawnej nie mają charakteru stałego. Krąg uprawnionych podmiotów ulega zmianie w zależności od etapu postępowania. Pojęcia wykonawcy zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Za wykonawcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, że na etapie poprzedzającym składanie ofert krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej jest najszerszy. Prawo to będzie przysługiwało faktycznie każdemu

pomiotowi, który z racji oferowania na rynku wykonania robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów lub świadczenia usług, będzie potencjalnie zainteresowany postępowaniem. Natomiast po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu krąg podmiotów ulega zawężeniu. Możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługuje wyłącznie tym podmiotom, które złożyły oferty/wnioski w postępowaniu. Zatem wykonawcy, którzy nie złożyli ofert w postępowaniu nie będą już wykonawcami i tracą uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że Odwołujący złożył ofertę wyłącznie w zakresie części II zamówienia i w zakresie tylko tej części uzyskał status wykonawcy. W konsekwencji, w zakresie części I, III i IV zamówienia Odwołujący nie posiada statusu któregokolwiek z podmiotów, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zatem odwołanie w tym zakresie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony i podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego, iż bierze udział w postępowaniu bowiem złożył ofertę tylko w części II postępowania. Odwołujący bierze udział w tej części postępowania, w której złożył ofertę i co do której ograniczają się jego uprawnienia związane z możliwością korzystania ze środków ochrony prawnej. Istotne jest, że Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu w części I, części III oraz w części IV. Nie składając oferty, Odwołujący zrezygnował z dalszego udziału w postępowaniu w tych częściach. Fakt: złożenia oferty w części II zamówienia nie rozszerza jego uprawnień co do pozostałych części zamówienia. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby oddzielenie statusu wykonawcy od możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i unicestwienie sensu przepisu art. 505 ust. 1 PZP. W takiej sytuacji nawet podmioty niebiorące udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogłyby kwestionować podejmowane przez zamawiających czynności i kwestionować oferty innych wykonawców, pomimo, iż sam nie ubiega się o jego udzielenie.

### **239. Wyrok z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1625/23**

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający podniósł, że w treści odwołania (str. 3, zdanie pierwsze), (...) Izba zauważa, że możliwość zakwestionowania postanowień dokumentów zamówienia przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 ustawy pzp), a więc każdemu wykonawcy potencjalnie zainteresowanemu złożeniem oferty. W ocenie Izby nie zmienia tej oceny wpis w KRS dotyczący przedmiotu działalności Odwołującego. Jak wynika z ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 685): „*art. 40. W dziale 3 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się następujące dane: 1) przedmiot działalności*

według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) – nie więcej niż dziesięć pozycji, w tym jeden przedmiot przeważającej działalności na poziomie podklasy, z tym że w przypadku oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń oraz głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji przedmiot działalności i przedmiot przeważającej działalności określa się dla oddziału (...).” Wpis w KRS dotyczy zatem tylko 10 kodów PKD, niemniej jednak w umowie spółki Odwołujący mógł zawrzeć szerszy zakres działalności, aniżeli ten widniejący w KRS. Co więcej, zauważyć należy, że Odwołujący prowadzi działalność w zakresie między innymi sprzedaży materiałów budowlanych i ma możliwość złożenia oferty wspólnie z innymi wykonawcami w ramach konsorcjum firm. Powyższe powoduje, że Odwołujący może być zainteresowany zakwestionowaniem postanowień, które w jego ocenie uniemożliwiają mu złożenie oferty, a zatem jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania na SWZ. Dlatego też, Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania.

### **Art. 528 pkt 3**

#### **240. Postanowienie z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 218/23**

Izba uznała, że nie budzi wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione po terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. W konsekwencji zastosowanie ma art. 528 pkt 3 Pzp zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Co istotne przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący – spełnienie przesłanki dotyczącej wniesienia odwołania po terminie obliguje Izbę do jego odrzucenia. Ustawodawca nie pozostawił więc do decyzji Izby oceny zasadności ewentualnego odrzucenia odwołania w odniesieniu do przyczyn niedotrzymania terminu. Żaden przepis ustawy nie przewiduje też odstępstwa od art. 528 pkt 3 Pzp, niezależnie od tego, czy niedotrzymanie terminu do wniesienia odwołania spowodowane było okolicznościami, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność. Ustawa Pzp nie przewiduje więc możliwości przywrócenia terminu do wniesienia odwołania (...). Odwołujący słusznie wskazał, że miał prawo wnieść odwołanie tuż przed upływem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Odwołujący winien jednak mieć świadomość, że wniesienie odwołania za pośrednictwem określonych w przepisach środków komunikacji elektronicznej wiąże się z pewnym ryzykiem wynikającym z natury tych środków – awaria czy błędne działanie zawsze może się zdarzyć. Możliwe są również planowe wyłączenia systemu wynikające z jego obsługi technicznej i konserwacji – wtedy złożenie odwołania za pośrednictwem platformy Epuap również może nie dojść do skutku. Podkreślenia wymaga również, że okoliczności, na które powołał się Odwołujący niekoniecznie leżały po stronie platformy Epuap. Jak przyznał Odwołujący, nawet on sam nie miał świadomości który z plików załączonych do odwołania mógł skutkować błędem wysyłki tego odwołania.



**241. Postanowienie z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1190/23**

W świetle regulacji art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zważywszy na fakt, że informacja o ostatniej czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania i przekazana wykonawcom biorącym udział w przetargu w dniu 5 kwietnia 2023 r., 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie – uwzględniając regulację art. 509 ustawy PZP – upłynął w dniu 17 kwietnia 2023 r. Z uwagi na powyższe uprawnione jest stwierdzenie, że wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą X z siedzibą w Warszawie swoje odwołanie w niniejszej sprawie wniósł już po upływie terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Jedynie na marginesie Izba stwierdza, że Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2023 r. wniósł już inne odwołanie w tym samym przetargu, w którym podważył wybór oferty jego konkurenta i zaniechanie odrzucenia tej oferty. Poprzez wniesienie kolejnego odwołania względem tej samej czynności i tego samego zaniechania ze strony Zamawiającego Odwołujący w gruncie rzeczy dąży do uzupełnienia swojego stanowiska o nowe zarzuty merytoryczne po upływie terminu zawitego przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, co stanowczo należy uznać za niedopuszczalną praktykę – sprzeczną z istotą terminów zawitych unormowanych w art. 515 ustawy PZP i sprzeczną z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych. Jednocześnie Izba stwierdza, że w żadnej mierze momentu dowiedzenia się przez uczestniczącego w przetargu przedsiębiorcę o nowych faktach lub nowych dowodach, które czysto hipotetycznie mogłyby doprowadzić do unieważnienia czynności podjętej przez Zamawiającego lub reasumpcji jego innej decyzji w postępowaniu, nie można traktować jako zdarzenia uzasadniającego rozpoczęcie biegu nowego terminu do wniesienia nowego, kolejnego środka ochrony prawnej w tym samym postępowaniu wobec tej samej czynności lub zaniechania Zamawiającego. Sprzeciwiałoby się to wspomnianej już powyżej zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych oraz zarazem prowadziłyby to do zastosowania (nieznanej ustawie PZP) instytucji wznowienia postępowania w sytuacji ujawnienia się nowych faktów lub nowych dowodów. Skutkowałoby to paraliżem przetargów publicznych i realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego, a także umożliwiłoby to wykonawcom niezadowolonym z rozstrzygnięć zapadłych w postępowaniach przetargowych kwestionowanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nawet wiele tygodni / miesięcy po zakończeniu postępowania, czego nie można zaakceptować na gruncie przepisów i podstawowych zasad ustawy PZP.

**242. Wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1638/23,  
1659/23**

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego po stronie Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako spóźnionego w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Wskazać należy, że uzewnętrznienie decyzji Zamawiającego w zakresie zakończenia badania i oceny ofert pod kątem zaistnienia w nich ceny rażąco niskiej następuje w momencie poinformowania pozostałych wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Od tego momentu należy więc liczyć termin na złożenie odwołania również w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie jej istotnych części składowych. Nie można więc uznać, że zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

**243. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1684/23**

Punktem wyjścia dla rozważań w zakresie tego zarzutu jest zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, która wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Każdy uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest bowiem do aktywnego uczestnictwa w procedurach wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym stawiania zarzutów Zamawiającemu. Ustawodawca mając na uwadze postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywane były jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza podnoszenia zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest zatem sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić a co za tym idzie podnieść po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - nie może bowiem wynajdować coraz to nowych przyczyn służących jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań względnie podnosić zarzuty znane mu już na wcześniejszym etapie postępowania. Oznacza to, że wykonawca powinien przy pierwszej możliwej okazji wnosić wszelkie dostępne środki ochrony prawnej. Sprowadza się to do skrupulatnego przestrzegania terminu na wniesienie odwołania, tak aby zarzuty w nim stawiane nie były spóźnione.

Tak więc w sytuacji, gdy w tym samym postępowaniu a więc w takim stanie faktycznym jak niniejszy Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, powtórzy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o te same dokumenty i powtórzona przez Zamawiającego czynność (w zakresie dotyczącym ponownie podniesionego zarzutu) będzie dokonana na tych samych podstawach co pierwotna, to - zgodnie z zasadą koncentracji - wykonawca, który wniósł pierwsze odwołanie, nie będzie mógł skutecznie kwestionować tej czynności Za-

mawiającego. Ponowne odwołanie wykonawcy w takim właśnie zakresie będzie uznane za czynność dokonaną po terminie a więc podniesiony zarzut będzie zarzutem spóźnionym. (...).

Odwołujący, wnosząc pierwsze odwołanie (w sprawie o sygn. akt: KIO 1204/23) zarzut „naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy X do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (...) sformułował jako zarzut ewentualny. Wnosił bowiem o rozpoznanie wskazanego zarzutu jedynie w przypadku uznania za niezasadny czterech wcześniej postawionych zarzutów odwołania (...). Wolą Odwołującego było zatem wnoszenie o rozpoznanie tego zarzutu (zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy X do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które to dokumenty były przedmiotem oceny Zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a jej efektem był wybór najkorzystniejszej oferty zakomunikowany wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2023 r., jedynie w przypadku oddalenia pozostałych zarzutów. Natomiast w przypadku ich uwzględnienia pozostawienie go bez rozpoznania. Warto w tym miejscu podkreślić, że ów zarzut podniesiony jako zarzut ewentualny w żaden sposób nie był merytorycznie związany z pozostałymi zarzutami, co więcej na skutek ich uwzględnienia Odwołujący nie uzyskał żadnych nowych informacji, które pozwoliłyby mu sformułować prawidłowo ten zarzut. Informacje te posiadał bowiem już składając pierwsze odwołanie. Tak więc zarzut ten mógł być i powinien być samodzielnie podniesiony na etapie kwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (czynności z dnia 18 kwietnia 2021 r.). Nie można tu w żaden sposób stwierdzić, że nieznanostwo jakis kwestii związanych z tamtymi zarzutami (...) nie pozwoliła mu na prawidłowe skonstruowanie tego zarzutu (zarzutu określonego jako ewentualny). Czynności Zamawiającego zarówno pierwotna, jak i powtórzona są bowiem tożsame w swej treści i dokonane na tych samych podstawach w odniesieniu do tego właśnie zarzutu. Natomiast własne działania wykonawcy i przyjęta dla tego postępowania strategia procesowa nie uprawniają do przywrócenia terminu do jego ponownego podnoszenia.

Należy bowiem podkreślić, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny, o ile oparte jest to na rzeczywistych okolicznościach niepozwalających na prawidłowe skonstruowanie zarzutu. Niemniej jednak nie może to prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy przysługuje nowy, wydłużony termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu, którego okoliczności są znane wykonawcy, nie zmieniły się i nie mogły się zmienić. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt: KIO 1204/23 dała bowiem Zamawiającemu wyraźne i jednoznaczne wskazówki w jakim zakresie oferta wykonawcy X ma być jeszcze badana i oceniana. Nie było tam kwestii związanych z okolicznościami podnoszonymi w ramach zarzutu ewentualnego.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (...) został wniesiony po terminie przewidzianym w ustawie Pzp dla kwestionowania tego rodzaju czynności. „Przyjęcie odmiennego stanowiska przez Izbę, stanowiłoby, w jej ocenie, przyzwolenie do wnoszenia przez Wykonawców po wielokroć odwołań odnoszących się do tych samych dokumentów, a tym samym przyzwolenie na działanie dla zwłoki. Działanie takie byłoby sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej (...).” (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 342/11) Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten jest spóźniony i podlega odrzuceniu.

#### **244. Postanowienie z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1711/23**

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie nie było żadnych podstaw do wywodzenia terminu na wniesienie odwołania w oparciu o przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP, tj. od daty dowiedzenia się przez Odwołującego o jego zdaniem nowych faktach i dowodach, które miałyby wpłynąć na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ewentualnie skutkować wykluczeniem konkurenta z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty.

Nie budzi większych wątpliwości w literaturze prawa zamówień publicznych, że art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP odnosi się do relatywnie niewielu czynności zamawiającego, np. nieuzasadnionego w ocenie wykonawcy wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bądź informacji o poprawieniu omyłek (...). Ewentualne powzięcie przez zainteresowanego wykonawcę wiadomości o nowych okolicznościach i dowodach już po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może oznaczać, iż zainteresowanemu wykonawcy zaczął ponownie biec termin do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i powiązane z nią ewentualne zaniechania zamawiającego dotyczące wykluczenia innego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

#### **245. Wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1716/23**

Sam fakt, że odwołujący składając ofertę inaczej rozumie postanowienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (opz) niż zamawiający, autor warunków zamówienia, nie oznacza, że zarzut w związku z odrzuceniem oferty dotyczy kwestionowania postanowień swz co do ich samej treści. Wręcz przeciwnie zarzut w związku z odrzuceniem oferty, w niniejszym przypadku, dotyczy nieprawidłowego stosowania postanowień dokumentów zamówienia. Tak więc inne rozumienie/pojmowanie ustalonych w opz parametrów technicznych do spełnienia w oferowanym sprzęcie nie oznacza, że odwołujący kwestionuje treść postanowień swz, tylko inaczej je rozumie/interpretuje, a konsekwencji stosuje oferując, w tym przypadku, konkretny sprzęt komputerowy. Izba, w tym stanie faktycznym i prawnym, na mocy art.530 Pzp w związku z art.528 pkt 3 Pzp skierowała sprawę na rozprawę, celem merytorycznego rozpoznania podniesionych zarzutów odwołania.

**246. Postanowienie z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1778/23**

Odnosząc się do wniosków o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że odwołujący zadawał pytania dotyczące treści SWZ w dniu 28.02.2023 r. i w dniu 19.04.2023 r. W dniu 18.05.2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie z dnia 28.02.2023 r. (o czym świadczy treść zacytowanego pytania) i jak wynika z odwołania, odwołujący uznał ww. odpowiedź za niewystarczającą i sprzeczną z SWZ. Tym samym jasne jest, że odwołanie na odpowiedź zamawiającego z dnia 18.05.2023 r. powinno zostać wniesione w terminie liczonym od tej daty. Dodatkowo należy zauważyć, że kolejne pytania zadawane zamawiającemu w dniu 19.04.2023 r. również dotyczyły tematu liczby problemów i błędów i stanowiły uszczegółowienie pytania z dnia 28.02.2023 r., co wynika zarówno z treści tych pytań, jak i z wypowiedzi samego odwołującego na posiedzeniu. Skoro zatem pytania z dnia 19.04.2023 r. stanowiły uszczegółowienie pytania z dnia 28.02.2023 r., to już odpowiedź z dnia 18.05.2023 r. uznana przez odwołującego za niewystarczającą i sprzeczną z SWZ stanowiła tę czynność zamawiającego, na którą odwołujący powinien był wnieść odwołanie w terminie liczonym od dokonania tej czynności, czyli od 18.05.2023 r. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że termin na wniesienie odwołania na obie udzielone przez zamawiającego odpowiedzi (o identycznej treści) biegł dopiero od daty udzielenia drugiej z nich, tj. od dnia 12.06.2023 r. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że termin na wniesienie odwołania upłynął w niniejszej sprawie w dniu 29.05.2023 r. (art. 509 ust. 2 ustawy Pzp), a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w ustawie. Dlatego Izba postanowiła odrzucić odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

**247. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23**

Odnosząc się do twierdzenia, że odwołanie zostało wniesione „po terminie przewidzianym w art. 515 pkt. 2a) ustawy prawo zamówień publicznych” należy wskazać, iż w Pzp nie ma przepisu art. 515 pkt 2a). Biorąc pod uwagę treść całego art. 515 Pzp Izba uznała, że Przystępujący powołuje się na art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, który stanowi, że „odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. W świetle treści tego przepisu oczywiste jest, że dla określenia terminu wniesienia odwołania istotny jest wyłącznie termin przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania; nie ma więc w tym zakresie znaczenia termin „zapoznania się” „z wszystkimi okolicznościami, które stanowią obecnie uzasadnienie dla odwołania”.

Zdaniem Izby, w zakresie, w jakim odwołanie wniesione w niniejszej sprawie zostało wniesione na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego, za czynność Zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia przedmiotowego

odwołania należy uznać wybór oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Przystępującego. Mając na uwadze, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najkorzystniejszą ofertą może zostać wybrana wyłącznie oferta, która nie podlega odrzuceniu, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez danego wykonawcę, oznacza, że w ocenie zamawiającego oferta ta nie podlega odrzuceniu (a tym samym, że zamawiający jej nie odrzuca i nie odrzuci - chyba że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie unieważniona). Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego oznaczała zatem, że Zamawiający nie dokonuje czynności jej odrzucenia. Nie ulega zaś wątpliwości, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Przystępującego - została przekazana przy użyciu środka komunikacji elektronicznej w piśmie zatytułowanym „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”, co nastąpiło 19 czerwca 2023 r. Koniec określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp terminu na wniesienie odwołania, wynoszącego 5 dni od dnia przekazania tej informacji, przypadał w sobotę 24 czerwca 2023 r., a zatem zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp, stanowiącym, iż „jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”, termin ten upływał w poniedziałek 26 czerwca 2023 r., w którym to dniu odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby.

#### **Art. 528 pkt 4**

#### **248. Wyrok z dnia 16 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1556/23**

(...) na kanwie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało odrzucone w całości, pomiędzy okolicznościami faktycznymi i prawnymi w odwołaniach wnoszonych przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu musi zachodzić pełna tożsamość przedmiotowa. Takiej pełnej tożsamości przedmiotowej w rozpoznawanym przypadku nie ma. Wynika to z faktu, że dopiero na skutek wyroku Izby z dnia 20 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 623/23 Odwołujący powziął wiedzę o konkretnych elementach cenotwórczych i sposobie kalkulacji poszczególnych pozycji cenowych przez Przystępującego. Dopiero dysponując tą wiedzą Odwołujący mógł zestawić przyjęte przez Przystępującego wartości i założenia z zakresem przedmiotu zamówienia i przedstawić analizę wykazującą, że wartości te są zbyt niskie. Okoliczności faktyczne wynikające z ujawnionej części wyjaśnień nie były i *de facto* nie mogły być przedmiotem wcześniejszego odwołania, gdyż nie były Odwołującemu wówczas znane. Na powyższe zwrócono uwagę w uzasadnieniu wyroku KIO 623/23, gdzie wielokrotnie podkreślono, że skoro Odwołujący nie miał do dostępu do informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień, to nie mogły one stanowić podstawy faktycznej zarzutu.

#### **249. Wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1813/23**

Aby dopuszczalne było odrzucenie odwołania na podstawie tego przepisu zgodnie

z dyspozycją wynikającą z niego normy, muszą wystąpić wszystkie okoliczności stanowiące hipotezę tej normy, którymi są:

- a) odwołujący w odwołaniu powołuje się na te same okoliczności, które były przedstawiane w innym odwołaniu,
- b) odwołujący w odwołaniu nie powołuje się na okoliczności, które nie były przedstawiane w innym odwołaniu, o którym mowa w pkt a),
- c) inne odwołanie, o którym mowa w pkt a), dotyczyło tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- d) inne odwołanie, o którym mowa w pkt a), było wniesione przez tego samego odwołującego,
- e) okoliczności, o których mowa w pkt a), były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, o którym mowa w pkt a).

Aczkolwiek niewątpliwie odwołanie wniesione w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 było odwołaniem na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego w Postępowaniu, a podnoszone w nim przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp były sformułowane identycznie jak zarzuty naruszenia tych przepisów w niniejszej sprawie, to zarzuty te nie były rozstrzygane w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23, co jednoznacznie wynika z uzasadnienia wydanego w tym postępowaniu wyroku z dnia 14 czerwca 2023 r., w którym wskazano, iż „odwoalnie w zakresie pozostałych zarzutów [tj. w zakresie zarzutów naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP”, „art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP” i „art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP” – przyp. KIO] nie podlegało rozpoznaniu”; w konsekwencji nie były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie odwołania wniesionego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 okoliczności składające się na ww. zarzuty – co przyznał Przystępujący w piśmie z 6 lipca 2023 r. W sytuacji, gdy Odwołujący w odwołaniu powołuje się na te same okoliczności, które były przedstawiane w innym odwołaniu – rozpoznawanym w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 - ale które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie owego innego odwołania, art. 528 ust. 4 Pzp nie może zostać zastosowany w niniejszej sprawie bez względu na to, dlaczego okoliczności te nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie owego innego odwołania.

### **Art. 528 pkt 6**

#### **250. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 811/23**

Izba w szczególności nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na nieprzekazanie zamawiającemu odwołania lub jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp tj. z w terminie umożliwiającym zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia. Uzasadniał przy tym, że kopia wniesionego odwołania została mu przekazana w dniu 23 marca 2023 r.

o godz. 11:08, a więc po godzinach urzędowania, które zostały wskazane w treści SWZ. Zamawiający argumentował, że jako jednostkę organizacyjną Skarbu Państwa, która jest podległa Ministrowi Obrony Narodowej, obowiązują go ściśle regulacje dotyczące możliwości wejścia i godzin przebywania na terenie Jednostki Wojskowej, w jej siedzibie. Ponadto, z uwagi na siedzibę zamawiającego, położoną w województwie bezpośrednio graniczącym z Ukrainą, wprowadzono zakaz korzystania z systemów informatycznych, w tym poczty elektronicznej po godzinach urzędowania, w miejscach innych niż dedykowane do obsługi systemu i na stanowiskach, które nie znajdują się w jego siedzibie. Stąd w niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie miał nawet potencjalnie możliwości zapoznania się z treścią wniesionego odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Izba nie podzieliła tego stanowiska z następujących powodów. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp). Regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wyraźny przewiduje, że przekazanie to może się odbyć drogą elektroniczną (nie ogranicza sposobu w jakim odwołanie albo jego kopia mogą być przekazane zamawiającemu), co więcej zastosowanie drogi elektronicznej rodzi określone skutki prawne, tj. domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Nie ulega wątpliwości, że przekazanie kopii odwołania miało miejsce w dniu 23 marca 2023 r., a zatem przed upływem określonego przepisami ustawy Pzp terminu na jego wniesienie. Termin ten z kolei upływał w tym dniu o godz. 24.00 (...). Okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach urzędowania zamawiającego nie było wystarczające do obalenia domniemania, iż zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią. Wprawdzie zamawiający powoływał się na obowiązujące w jego jednostce regulacje i obostrzenia, wynikające z panujących u zamawiającego zasad, jednakże nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby przedmiotowe okoliczności. Tym samym uznać należało, że powyższy termin został dochowany. Powyższy pogląd znajduje swoje potwierdzenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak też w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3026/21).

### **251. Postanowienie z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1304/23**

Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym, w celu zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący zobligowany był do przekazania Zamawiającemu odwołania w dniu 8 maja 2023 r. Tymczasem Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania wniesionego w dniu 8 maja 2023 roku, co obliuguje Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z art. 528 pkt 6 Pzp do odrzucenia odwołania.



Przekazany w dniu 5 maja 2023 r. projekt odwołania nie stanowił wypełnienia obowiązku leżącego po stronie Odwołującego, wynikającego z treści art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższy przepis nakłada na Odwołującego obowiązek, którego wypełnienie stanowi jedną z przesłanek decydujących o skuteczności wniesionego odwołania. Przepis sformułowany jest w sposób przejrzysty i jednoznaczny, a niedopełnienie obowiązku z niego wynikającego stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia odwołania, którą Izba bierze pod uwagę z urzędu. Zgodnie z art. 514 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby. Nie będzie zatem odwołaniem projekt odwołania, który wykonawca dopiero zamierza wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, pomimo zatytułowania go „Odwołanie”.

Obowiązkiem Odwołującego było przekazanie Zamawiającemu odwołania (lub jego kopii w przypadku wniesienia odwołania w formie pisemnej), tj. dokumentu wraz ze wszystkimi załącznikami, który został wniesiony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a nie projektu takiego dokumentu, czy informacji o zamiarze wniesienia odwołania z propozycją jego treści. Projekt odwołania nie jest odwołaniem i nie wywołuje skutków prawnych właściwych dla odwołania, pomimo tego że jest podpisany przez Odwołującego. Ponadto, Zamawiający dopóki nie zostanie powiadomiony przez Odwołującego o wniesieniu odwołania i jego treści nie wie, czy odwołanie w ogóle zostało wniesione, oraz jaka jest ostatecznie jego treść. Nie można również pomijać okoliczności, że informacja o wniesieniu odwołania kreuje po stronie Zamawiającego obowiązek wynikający z art. 524 ustawy Pzp, polegający na niezwłocznym przekazaniu kopii odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, w celu wezwania ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponadto, zgodnie z treścią art. 577 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Natomiast o fakcie wniesienia odwołania, Zamawiający musi zostać powiadomiony przez Odwołującego, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Brak informacji o wniesieniu odwołania, skutkuje uprawnieniem Zamawiającego do zawarcia umowy, na podstawie art. 421 ust. 1 ustawy Pzp (...).

### **Art. 534 ust. 1**

#### **252. Wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 776/23**

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. (...) Odnosząc się w tym zakresie do ciężaru dowodowego Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, że wykonawca winien wykazać Zamawiającemu, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Jednakże w sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania powyższego zostaną

uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę (...) przechodzi ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów.

### **Art. 537**

#### **253. Wyrok z dnia 6 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 200/23**

Izba wskazuje, że pomimo wyrażonego w art. 535 ustawy P.z.p. uprawnienia do przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy, przywilej ten nie może być wykorzystywany do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które powinny być złożone we wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umożliwienie złożenia wymaganych dokumentów po raz kolejny postawiłoby danego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania. Interpretacja art. 537 w kontekście art. 535 ustawy P.z.p. powinna polegać na stwierdzeniu, że podnoszona przed Krajową Izbą Odwoławczą argumentacja i składane dowody mają służyć obronie dotychczasowego stanowiska, złożonych wyjaśnień i poparciu wcześniej przedłożonych dowodów. Ani strona, ani uczestnik postępowania odwoławczego nie mogą wykorzystywać uprawnień i obowiązków wynikających ze wskazanych wyżej przepisów do dokonywania czynności, których zaniechano wcześniej.

W rozpoznawanym przypadku wykonawca X był dwukrotnie wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Złożone przez niego wyjaśnienia zostały przez Izbę ocenione jako zbyt lakoniczne i ogólne i nie dające podstaw do uznania, że cena tegoż wykonawcy nie jest rażąco niska. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających złożone wyjaśnienia. Zaniechania wykonawcy nie mogą być konwalidowane przez czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania odwoławczego.

#### **254. Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 198/23**

Dodać również należy, że według normy art. 537 pkt 1 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez odwołującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę. Z tego względu część uzasadnienia odwołania należy uznać za spóźnioną na obecnym etapie, gdyż wszystkie argumenty przemawiające za tym, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska, powinny być znaleźć się w treści wyjaśnień składanych Zamawiającemu. W piśmie stanowiącym wyjaśnienia Odwołujący miał szansę na przekonanie Za-

mawiającego o zasadności jego kalkulacji, a obecnie, tj. na etapie postępowania odwoławczego, Izba bada jedynie prawidłowość oceny tychże wyjaśnień przez Zamawiającego.

**255. Wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23,  
KIO 743/23, KIO 745/23**

W przypadku rażąco niskiej ceny podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie jak to określono w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia określonego tj. stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności wskazywanych przez niego jako podstawa zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. 537 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia RNC, bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń, z przerwaniem na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężaru dowodowego. (...).

W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 1024/17).

**Art. 538 ust. 1**

**256. Wyrok z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 40/23**

W zakresie dowodu z przesłuchania strony Zamawiający wnosił o przesłuchanie (...) – pracowników Zamawiającego. Wniosek ten sformułowany był błędnie, zważywszy że w charakterze strony będącej osobą prawną mogą być przesłuchane osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania – w rozpoznawanej sprawie jest to Burmistrz Gminy (art. 300 § 1 Kpc per analogiam). Nie mogą więc być przesłuchani w charakterze strony pracownicy Zamawiającego, w tym będący jego pełnomocnikami w postępowaniu odwoławczym. Niezależnie od tego zauważenia wymaga, że wniosek o przeprowadzenie takiego

dowodu na fakty wskazane w odpowiedzi nie zawiera wystarczającego sprecyzowania tezy dowodowej.

### **Art. 551 ust. 2**

#### **257. Wyrok z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 313/23**

Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże ratio legis cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: I ACa 1081/15 (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt: I ACa 898/17), zamknięcie rozprawy jako akt: procesowy jest doniosłe prawnie, a jej otwarcie musi być uznane za sytuację wyjątkową. (...) Strona wnioskująca o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (czy też zarzucająca w apelacji Sądowi I instancji zaniechanie uwzględnienia wniosku w tym zakresie) musi wykazać więc, że dopiero po zamknięciu rozprawy ujawniły się (stały się jej wiadome) okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia. W nauce wskazuje się, że w przepisie tym chodzi o fakty nowe - jakościowo różne od wcześniej istniejących lub o okoliczności już wcześniej zaistniałe, ale które uległy zmianie po zamknięciu rozprawy (...). Tak więc zmiana może polegać na powstaniu całkiem nowych okoliczności obok już istniejących lub na modyfikacji wcześniej istniejących. Nie uzasadnia żądania otwarcia rozprawy na nowo jedynie stwierdzenie potrzeby dodatkowego odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez stronę przeciwną na rozprawie, jeśli potrzeba ta nie opiera się o okoliczności mające cechę nowości w przedstawionym wyżej rozumieniu.

### **Art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c**

#### **258. Wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1633/23**

Jednocześnie Izba uznała, że utrzymanie umowy nr (...) o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla X (...) z dnia 02.06.2023 roku (...) do czasu wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym - leży w ważnym interesie publicznym. Niewątpliwie konieczność zapewnienia świadczenia usługi w zakresie żywienia dla X stanowi o istnieniu takiego interesu. Z uwagi na powyższe Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale orzekła o skróceniu okresu jej obowiązywania do dnia 30.08.2023 r., uznając, iż w tym czasie Zamawiający, będzie w stanie dokończyć postępowanie w trybie konkurencyjnym, w ramach

którego KIO w wyroku KIO z 16.06.2023 r. sygn. akt: KIO 1581/23 nakazała unieważnić unieważnienie postępowania z 30.05.2023 r. uwzględniając odwołanie wniesione na unieważnienie postępowania konkurencyjnego poprzedzającego zamówienie z wolnej ręki. Jak oświadczył Odwołujący - w ramach ustnych motywów skład orzekający Izby wskazał, że Zamawiający winien przeprowadzić negocjacje i dążyć do wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Izba ustalając datę końcową okresu obowiązywania umowy nr (...) o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla X, miała także na uwadze pozostawienie Zamawiającemu pewnego zapasu czasowego na dokończenie postępowania, w ten sposób, by również został zabezpieczony interes publiczny w postaci zapewnienia ciągłości świadczenia usługi w zakresie żywienia dla X. Dodatkowo podczas rozprawy tak Zamawiający, jak i Odwołujący w sposób zgodny złożyli oświadczenie że dzień 30.08.2023 r. jest wystarczającym terminem do którego zostanie wybrany Wykonawca w trybie konkurencyjnym i podpisana nowa umowa. W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku - uwzględniając odwołanie i orzekając o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr (...) o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla X (...) do dnia 30.08.2023 r.

#### **Art. 555**

#### **259. Wyrok z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 259/23**

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

**260. Wyrok z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 346/23**

Odnosnie wniosku zgłoszonego przez Odwołującego na rozprawie o unieważnienie postępowania z urzędu z uwagi na szereg wad postępowania stwierdzić należy, iż Izba odnosiła się wyłącznie do zarzutów a tym samym wniosków zawartych w odwołaniu. Zarzut stanowią bowiem wskazane przez Odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zobowiązany jest do ich skonkretyzowania w odwołaniu, tj. wskazania nie tylko jego podstawy prawnej, ale i faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania. Odwołanie się do bliżej nieokreślonych wad postępowania po upływie terminu na wniesienie odwołania, które miałyby skutkować unieważnieniem postępowania uznaje się za nowy zarzut.

**261. Wyrok z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 790/23**

Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II: CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

**262. Wyrok z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1108/23**

(...) niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim fak-

tycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, przy czym nie może się to sprowadzać do samego zanegowania prawidłowości działania zamawiającego, a wymaga skonkretyzować okoliczności faktycznych, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

### **263. Wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1799/23**

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane Zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności Zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Uwzględniając więc treść przepisu art. 555 Pzp Izba stwierdziła, że w treści odwołania brak było zakwestionowania możliwości zawarcia kosztów pracodawcy w kosztach pośrednich robocizny. Dlatego też Izba uznała, że żądanie Odwołującego sformułowane na rozprawie, a dotyczące konieczności rozstrzygnięcia, czy kosztami pośrednimi mogą być objęte narzuty wpływające na wysokość stawki za 1 roboczogodzinę wskazaną w kosztorysie dot. budowy ścieżki i odwodnienia wykraczało poza zarzuty odwołania i nie mogło być rozpoznane przez Izbę.

**Art. 568 pkt 2****264. Postanowienie z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 117/23**

W orzecznictwie jednoznacznie przyjmuje się, że unieważnienie przed terminem rozpoznania sprawy odwoławczej zaskarżonej czynności, np. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności/zaniechania odrzucenia oferty powoduje, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. W takich przypadkach postępowanie zostaje umorzone. Tym samym jeżeli odwołanie wniesione zostało od czynności/zaniechania Zamawiającego, która w ogóle nie istniała na dzień wniesienia odwołania – tak jak ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku – to spór wywołany wniesionym odwołaniem również jest bezprzedmiotowy i w konsekwencji musi prowadzić do umorzenia postępowania odwoławczego.

Należy podkreślić, że tak jak w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po wniesieniu odwołania, tak również w przypadku, gdy w ogóle brak jest czynności/zaniechania podnoszonego przez Odwołującego (jak w rozpoznawanej sprawie odwoławczej) nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy podnoszonych w zarzutach odwołania, czy też nie. W takim przypadku Izba nie ma do czego odnosić zarzutów odwołania, bowiem nie istnieje czynność/zaniechanie Zamawiającego, które kwestionowane są przez Odwołującego.

**265. Postanowienie z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 735/23**

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 4 kwietnia 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2023 r., która została zaskarżona w odwołaniu, co oznacza, że powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Podkreślenia wymaga, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania czy podstaw odrzucenia oferty. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

(...) odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzygnięcie w przedmiocie omawianych zarzutów odwołania stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej



nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

**266. Postanowienie z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1217/23,  
KIO 1238/23**

Mając na uwadze ustalony stan rzeczy, skład orzekający stwierdził, że zaszła konieczność zastosowania art. 568 pkt 2 p.z.p. i umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z tą normą Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Podstawą do umorzenia postępowania będzie więc takie zdarzenie, które zaszło w toku postępowania, skutkiem którego wydanie orzeczenia merytorycznego stało się zbędne lub niedopuszczalne. W szczególności, że wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 p.z.p.) – oznacza to, że okoliczności faktyczne dotyczące rozpoznawanego sporu, które ulegną zmianie od momentu wniesienia odwołania do czasu wydania wyroku, powinny zostać uwzględnione przez Izbę. Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Innymi słowy, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem.

Zgodnie z materiałem procesowym, w dniu 10 maja 2023 r., zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej, od której wniesiono oba rozpoznawane odwołania. Unieważniono końcowy efekt badania i oceny ofert, eliminując z obrotu rozstrzygnięcie przetargu, co powoduje następczy brak substratu zaskarżenia. Zatem w ocenie składu orzekającego, po wniesieniu odwołań, doszło do zdarzenia skutkiem którego wydanie wyroku stało się bezcelowe. Odwołania dotyczą bowiem czynności, która została wyeliminowana z obrotu prawnego i w momencie dokonania ponownego wyboru – co zamawiający zapowiedział w informacji o unieważnieniu rozstrzygnięcia przetargu – wykonawcom będzie przysługiwało prawo do wniesienia nowego środka ochrony prawnej. W obecnym stanie rzeczy, Izba nie mogłaby również stwierdzić naruszenia prawa w stosunku do już unieważnionej czynności rozstrzygnięcia postępowania. Ergo kontrola legalności czynności zamawiającego w postaci prawidłowości wyboru oferty wykonawcy S, będącej wynikiem oceny i badania ofert w przetargu, której wadliwość zarzucili odwołujący, jest bezprzedmiotowa. Nie można byłoby bowiem stwierdzić naruszenia przepisów p.z.p. w stosunku do czynności, której już nie ma w obrocie.

**267. Postanowienie z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1275/23, KIO 1280/23**

Ponieważ przepisy Ustawy nie regulują w jaki sposób należy zakończyć postępowanie odwoławcze w przypadku zbiegu podstaw z art. 568 ust. 1, 2 i 3, należało w ocenie składu orzekającego przyjąć podstawę najbliższą dla zaistniałej sytuacji procesowej stron.

W ocenie składu orzekającego należało przyjąć, iż część zarzutów w zakresie w jakim Zamawiający dokonał już zmiany postanowień swz stała się bezprzedmiotowa, a pozostałe zarzuty zostały skutecznie wycofane w dniu poprzedzającym termin posiedzenia wyznaczonego w sprawie. Obie sytuacje wpisują się zatem w podstawy umorzenia postępowania odwoławczego wskazane w art. 568 pkt 2 Ustawy. Ponieważ przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz.U. poz. 2437), inaczej traktują o rozliczeniu kosztów postępowania odwoławczego w sytuacji gdy dojdzie do wycofania odwołania najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin posiedzenia i w tym dniu (§ 9 ust. 1 pkt 3), jak również gdy zachodzi podstawa ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się zbędne (§ 9 ust. 2), należało rozstrzygnąć, w jaki sposób oświadczenia wykonawców złożone w dniu 18.05.2023 r. wpływają na sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego. Tym bardziej ma to znaczenie w sprawie KIO 1280/23, w której Odwołujący dodatkowo w dniu wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron cofnął odwołanie.

W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy czynności Zamawiającego podjęte już po wniesieniu odwołania czynią zbędnym wydanie rozstrzygnięcia w zakresie części zarzutów, a pozostałe zarzuty zostały wycofane w dniu poprzedzającym dzień, na który wyznaczone zostało posiedzenie z udziałem stron, należy taki stan traktować, jako przypadek objęty normą § 9 ust. 2 *rozporządzenia* i znieść koszty wzajemnie. Nie ma bowiem w tej sytuacji zarówno potrzeby odnoszenia się do postanowień, które już zostały zastąpione innymi w nowym brzmieniu, jak również rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów wycofanych. Ponieważ częściowe wycofanie zarzutów nie stanowi o cofnięciu odwołania (to może być wycofane w całości), to należało koszty postępowania odwoławczego znieść. Tym samym późniejsze oświadczenie Odwołującego w sprawie KIO 1280/23 nie wpływa na sytuację Wykonawcy, która została ukształtowana zdarzeniami wcześniejszymi w tym znaczeniu, iż nie pogarsza tej sytuacji pod kątem sposobu rozliczenia kosztów.

**268. Postanowienie z dnia 5 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1477/23**

Unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, przestała istnieć. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się

naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) nie istnieje, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy nie ma też znaczenia ewentualny sprzeciw przystępującego wobec uwzględnienia odwołania, bowiem – jak już wskazano – i tak zaskarżona w odwołaniu czynność przestała istnieć, gdyż zamawiający ją unieważnił i dokonał nowych czynności w tymże postępowaniu.

#### **Art. 575**

#### **269. Wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1618/23**

Izba pomimo uwzględnienia odwołania w części, odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania w sposób wskazany w § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, kierując się wagą, jaką uwzględniony zarzut miał dla rozstrzygnięcia. Pomimo, iż zarzuty odwołania dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia potwierdziły się tylko w jednym z dwóch podniesionych w odwołaniu aspektów, tj. w odniesieniu do poz. 16 formularza cenowego, to postępowanie odwoławcze wykazało, że niezgodność ta faktycznie zachodzi. W efekcie dla rozstrzygnięcia odwołania nie miało znaczenia to, że niezgodności tej nie stwierdzono w odniesieniu do poz. 31 formularza cenowego, ponieważ skutek częściowego uwzględnienia odwołania był taki sam, jaki byłby przy jego uwzględnieniu w całości – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym w ocenie Izby stosunkowy podział kosztów postępowania nie byłby w tym wypadku uzasadniony.

#### **Art. 578 ust. 2 pkt 1**

#### **270. Postanowienie z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO/W 3/23**

Zamawiający uprawdopodobnił, że zawarta przez niego dotychczasowa umowa na dostawę oleju napędowego wygasła w dniu 31 grudnia 2022 r. Zamawiający uprawdopodobnił też, że z dostatecznym wyprzedzeniem wszczął postępowanie celem zapewnienia dostawy paliwa na okres po 1 stycznia 2023 r. Wykazał bowiem, że wszczął postępowanie we wrześniu 2022 r., które jednak zostało unieważnione z powodu złożenia jednej oferty, która podlegała odrzuceniu z powodu błędu w obliczeniu ceny. Po unieważnieniu ww. postępowania, kolejne postępowanie zostało rozstrzygnięte wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 3 stycznia 2023 r., która to czynność została jednak zaskarżona przez odwołującego w odwołaniu z dnia 12 stycznia 2023 r. wniesionym w sprawie o sygn. akt: KIO 103/23. Zamawiający uprawdopodobnił także, że zgromadzony przez niego zapas paliwa – przy uwzględnieniu średniego zużycia dziennego - skończy się w dniu 19 stycznia 2023 r. W konsekwencji z tym dniem zamawiający utracą możliwość wykonywania

istotnych społecznie zadań publicznych. Wśród tych zadań należy wymienić: (...). Usługi świadczone przez obu zamawiających służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (mieszkańców), stanowiąc zadania własne gminy. Zatem niewątpliwie niezwłoczna realizacja zamówienia ma istotne znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, a nie partykularnego interesu samego zamawiającego. W ocenie Izby jest to w konsekwencji cel doniosły społecznie. Według Izby, realizacja opisanego przez zamawiającego celu jest zagrożona od dnia 19 stycznia 2023 r. Warunkiem jego osiągnięcia jest bowiem zapewnienie dostawy oleju napędowego do pojazdów zamawiających, przy pomocy których realizują one ww. zadania. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że – jak wskazano wcześniej – przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia nie wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe opóźnienie stwarza zagrożenie dla interesu publicznego i grozi paraliżem komunikacyjnym na obszarze obsługiwanych przez zamawiających, niezapewnieniem dowozu dzieci do szkół, niebezpieczeństwem na drogach w sezonie zimowym, oraz zagrożeniem epidemiologicznym wskutek zaprzestania odbioru odpadów.

W ocenie Izby istniejące zagrożenia dla interesu publicznego znacząco przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony tych interesów, co do których istnieje możliwość doznania uszczerbku w wyniku czynności i zaniechań zamawiającego. Jako podstawowy interes, jaki może doznać uszczerbku w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, jawi się utrata korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia przez odwołującego. Niewątpliwie z punktu widzenia odwołującego, będącego profesjonalistą na rynku obrotu paliw, zysk, jaki wiązać się będzie z realizacją przedmiotu zamówienia, choć niebagatelny, nie będzie jednak kluczowy, gdyż realizuje on kontrakty dla innych zleceniodawców.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały uprawdopodobnione przez zamawiającego w sposób uzasadniający wniosek, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawców, którzy wnieśli odwołania.

### **271. Postanowienie z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 5/23**

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest rozbudowa budynku Urzędu Gminy w (...) mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W treści wniosku Zamawiający wskazał jedynie na określone niedogodności techniczne, organizacyjne, które uzasadniać miałyby konieczność szybszego zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, iż zależy mu na tym, aby nowy wykonawca jak najszybciej rozpoczął realizację zamówienia, aby zakończyć prace związane ze stanem surowym i nową kotłownią gazową do czasu kolejnego okresu grzewczego i aby skrócić okres uciążliwości dla pracowników i interesantów korzystających z budynku. Powyższe nie wykazuje, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku niezgodnych z ustawą Pzp czynności lub zaniechań Zamawiającego, w tym interesu wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamawiający nie podał żadnych wymiernych danych, które chociażby uprawdopodobniałyby, że wstrzymanie się z udzieleniem przedmiotowego zamówienia do czasu rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 613/23 faktycznie spowoduje istotne zagrożenie dla realizacji inwestycji, np. dla zakończenia pewnych prac przed kolejnym okresem grzewczym, nie przedstawił żadnych informacji dotyczących założeń realizacyjnych przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż niewątpliwie każda rozbudowa obiektu stwarza niedogodności dla jego użytkowników, niemniej odpowiednie planowanie inwestycji pozwala na zmniejszenie tych niedogodności do niezbędnego minimum. Właściwa korelacja działań leży po stronie Zamawiającego i powinna zostać przez niego wzięta pod uwagę w procesie planowania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez Zamawiającego oczekiwanym i gwarantującym zakończenie określonego rodzaju prac w pożądanym terminie. Sytuacja, w której wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, nie jest niczym nadzwyczajnym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a ustawowy czas na rozpoznanie odwołania jest krótki i wynosi 15 dni. Opóźnienia wynikające z korzystania przez wykonawców z ustawowych uprawnień do wniesienia odwołania są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć wszczynając postępowanie. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z tak wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Ustawodawca przyznaje bowiem prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej, a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych. Zamawiający nie wykazał, aby taka sytuacja zaistniała w rozpoznawanej sprawie.

**272. Postanowienie z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO/W 7/23**

Uzasadnienie złożonego przez Zamawiającego wniosku odnosi się do przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, we wniosku brak jest natomiast twierdzeń o wniesieniu odwołania jedynie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał (ani nawet nie uprawdopodobnił) wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Nie negując konieczności zapewnienia ochrony w budynku X zauważyć należy, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający w złożonym wniosku podał, że ma zawartą umowę na usługi ochrony do 31 maja 2023 r. i wskazał konsekwencje wynikające z niezapewnienia ochrony po wygaśnięciu tej umowy, w tym tak daleko idące, jak uniemożliwienie realizowania podstawowej misji Sądu jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Skoro Zamawiający, wiedząc że obecnie realizowana umowa obowiązuje do 31 maja 2023 r. zwlekał z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia do 19 kwietnia 2023 r., problem z zapewnieniem ciągłości usług należy uznać za wywołany działaniem samego Zamawiającego, co nie może usprawiedliwiać uchylenia zakazu zawarcia umowy, kosztem ochrony innych interesów.

Ponadto Zamawiający, przedstawiając skutki, jakie wywoła niezawarcie umowy przed 1 czerwca 2023 r., nie podjął nawet próby wykazania, że nie da się zapewnić ciągłości usług ochrony do czasu zakończenia postępowania przetargowego, z wykorzystaniem dopuszczonych ustawą możliwości.

Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej niezasadności zarzutów odwołania wskazać należy, że rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie ocenia merytorycznie odwołania, a przewidywania co do rodzaju przyszłego rozstrzygnięcia sprawy nie mogą być rozstrzygające dla oceny przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy.

### **273. Postanowienie z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 9/23**

Izba rozpoznała złożony przez zamawiającego wniosek i stwierdziła, że interes publiczny, na który powołał się zamawiający, dotyczy wypełniania obowiązków w zakresie zaopatrzenia żołnierzy w niezbędne do wykonywania czynności służbowych przedmioty umundurowania i wyekwipowania, co z kolei ma istotne znaczenie dla właściwego przygotowania Sił Zbrojnych do wykonywania zadań w zakresie obronności państwa.

Drugą przesłanką, zaistnienie której jest konieczne dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, jest udowodnienie, iż negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy przewyższyłyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z okoliczności sprawy wynika, że celem odwołującego, jako przedsiębiorcy, w realizacji przedmiotu umowy jest chęć uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Cel ten jednak nie jest współmierny w stosunku do interesu publicznego, jakim jest prawidłowe wykonywanie zadań w zakresie obronności państwa. (...)

Izba stwierdziła, że mając na uwadze skutki, jakie może spowodować dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy, w jej ocenie zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wskazane przez zamawiającego okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

### **Art. 578 ust. 2 pkt 2**

### **274. Postanowienie z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO/W 5/23**

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnioskując o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, zadaniem Zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji Zamawiającego pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. Treść wniosku do powyższej kwestii w sposób merytoryczny nie odnosi.

Zamawiający jedynie hasłowo stwierdził, iż Odwołujący zmierza do przedłużenia postępowania, ponieważ cena jego oferty przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, niemniej powyższe nie stanowi uprawdopodobnienia, że zamiarem Odwołującego jest doprowadzenie do uniemożliwienia udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, iż zgodnie z wiodącym orzecznictwem nie pozbawiają wykonawcy dostępu do środków ochrony prawnej dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku, gdy jego oferta przekracza budżet zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, zaś ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi zdarzenie przyszłe, zależne nie tylko od wyniku postępowania odwoławczego, ale także możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym przypadku Zamawiający w ogóle nie odniósł się do potencjalnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani różnicy istniejącej pomiędzy tą kwotą a ceną oferty Odwołującego, która nie jest znaczna.



**INDEKS RZECZOWY**

Podane liczby oznaczają numery tez

**A**

Aktualność dokumentów – 133 (KIO 1337/23)

**C**Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym – 104 (KIO 1141/23),  
252 (KIO 776/23), 253 (KIO 200/23), 254 (KIO 198/23), 255 (KIO 740/23,  
KIO 743/23, KIO 745/23)

Cofnięcie odwołania – 230 (KIO 1295/23), 231 (KIO 680/23)

**D**

Dane osobowe – 9 (KIO 244/23)

Dokument elektroniczny – 30 (KIO 554/23)

Dokumentacja projektowa – 2 (KIO 1653/23, KIO 1676/23)

Dowód – 224 (KIO 1723/23), 256 (KIO 40/23)

Dzieło – 2 (KIO 1653/23, KIO 1676/23)

**F**

Forma elektroniczna – 27 (KIO 587/23), 28 (KIO 1788/23), 137 (KIO 1421/23)

**G**

Główny przedmiot zamówienia – 24 (KIO/KD 9/23)

**I**Interes w uzyskaniu zamówienia – 216 (KIO 264/23), 217 (KIO 728/23,  
KIO 751/23), 218 (KIO 1174/23), 219 (KIO 1379/23), 220 (KIO 1619/23),  
221 (KIO 1638/23, KIO 1659/23), 222 (KIO 1725/23), 223 (KIO 1756/23)

Istotna część składowa ceny – 108 (KIO 1638/23, KIO 1659/23)

**J**

JEDZ – 126 (KIO 179/23)

**K**Kara umowna – 3 (KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23),  
87 (KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23), 206 (KIO 1154/23)

Klauzule abuzywne – 205 (KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23)

Komunikacja elektroniczna – 26 (KIO 329/23), 29 (KIO 1106/23)

Konsorcjum – 25 (KIO 1726/23),

Koszty postępowania odwoławczego – 269 (KIO 1618/23),

KRK – 44 (KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23)

Kryteria oceny ofert – 174 (KIO 1794/23), 175 (KIO 1822/23), 176 (KIO 537/23),

177 (KIO 592/23), 178 (KIO 1110/23), 179 (KIO 1712/23)

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 184 (KIO 713/23), 187 (KIO 1790/23)

**O**

Odrzucenie oferty:

- błąd w obliczeniu ceny – 97 (KIO 838/23), 160 (KIO 1/23), 161 (KIO 94/23),  
162 (KIO 270/23), 163 (KIO 1233/23), 164 (KIO 1390/23), 165 (KIO 1585/23),
- brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – 166 (KIO 249/23)

- czyn nieuczciwej konkurencji – 149 (KIO 811/23), 150 (KIO 1246/23), 151 (KIO 1287/23), 152 (KIO 1573/23)
- oferta nieważna – 138 (KIO 1726/23)
- niezgodność z przepisami ustawy – 135 (KIO 539/23), 136 (KIO 907/23), 137 (KIO 1421/23)
- niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – 125 (KIO 143/23), 126 (KIO 179/23), 128 (KIO 886/23)
- niezgodność z warunkami zamówienia – 23 (KIO 1619/23), 139 (KIO 150/23), 140 (KIO 294/23), 141 (KIO 242/23, 305/23), 142 (KIO 646/23, KIO 648/23), 143 (KIO 1076/23), 144 (KIO 1131/23), 145 (KIO 1544/23), 146 (KIO 1720/23), 147 (KIO 1805/23), 148 (KIO 1813/23),
- niezłożenie podmiotowych środków dowodowych – 131 (KIO 115/23), 132 (KIO 1336/23), 133 (KIO 1337/23), 134 (KIO 1715/23)
- rażąco niska cena – 103 (KIO 370/23), 153 (KIO 14/23), 154 (KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23), 155 (KIO 1145/23), 156 (KIO 1334/24, KIO 1335/24), 157 (KIO 1345/23), 158 (KIO 1540/23), 159 (KIO 1808/23)
- wadium – 167 (KIO 279/23), 168 (KIO 669/23), 169 (KIO 736/23), 170 (KIO 728/23, KIO 751/23), 171 (KIO 1397/23), 172 (KIO 1652/23), 173 (KIO 1805/23)

#### Odrzucenie odwołania:

- odwołanie (zarzuty) wniesione po terminie – 225 (KIO 388/23), 226 (KIO 1319/23), 227 (KIO 1296/23), 228 (KIO 383/23), 240 (KIO 218/23), 241 (KIO 1190/23), 242 (KIO 1638/23, KIO 1659/23), 243 (KIO 1684/23), 244 (KIO 1711/23), 245 (KIO 1716/23), 246 (KIO 1778/23), 247 (KIO 1813/23)
- nieprzekazanie zamawiającemu odwołania albo jego kopii – 250 (KIO 811/23), 251 (KIO 1304/23)
- podmiot nieuprawniony – 234 (KIO 437/23), 235 (KIO 552/23), 236 (KIO 1209/23), 237 (KIO 1534/23), 238 (KIO 1620/23), 239 (KIO 1625/23)
- *res iudicata* – 248 (KIO 1556/23), 249 (KIO 1813/23)

Oferta dodatkowa – 202 (KIO 1833/23)

Omyłka – 92 (KIO 691/23)

- inna omyłka niepowodująca istotnych zmian treści oferty – 95 (KIO 136/23), 96 (KIO 738/23), 97 (KIO 838/23), 98 (KIO 839/23, KIO 864/23), 99 (KIO 1046/23), 100 (KIO 1508/23), 101 (KIO 1709/23), 102 (KIO 1873/23)
- pisarska – 93 (KIO 1755/23)
- rachunkowa – 94 (KIO 1880/23)

Opcja – 184 (KIO 713/23)

Opis przedmiotu zamówienia – 31 (KIO 1333/23), 32 (KIO 1730/23), 33 (KIO 1834/23), 34 (KIO 603/23), 35 (KIO 1322/23), 36 (KIO 1653/23, KIO 1676/23)

Otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy – 257 (KIO 313/23)

#### **P**

Podpis elektroniczny – 27 (KIO 587/23)

Podmiotowe środki dowodowe – 28 (KIO 1788/23), 81 (KIO 112/23), 82 (KIO 1523/23), 83 (KIO 1521/23), 85 (KIO 1657/23), 86 (KIO 1770/23), 125 (KIO 143/23), 131 (KIO 115/23), 132 (KIO 1336/23), 134 (KIO 1715/23)

Podwykonawstwo – 79 (KIO 284/23), 135 (KIO 539/23), 136 (KIO 907/23),  
214 (KIO 1388/23), 215 (KIO 1492/23, KIO 1527/23)  
Podział zadań między członków konsorcjum – 72 (KIO 159/23), 73 (KIO 1760/23)  
Podział zamówienia na części – 214 (KIO 1388/23)  
Postać elektroniczna – 26 (KIO 329/23)  
Producent – 32 (KIO 1730/23)  
Projektowane postanowienia umowy – 2 (KIO 1653/23, KIO 1676/23),  
3 (KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23), 6 (KIO 1717/23),  
87 (KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23), 205 (KIO 1810/23,  
KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23), 206 (KIO 1154/23), 207 (KIO 104/23),  
208 (KIO 935/23), 209 (KIO 1272/23), 210 (KIO 1735/23)  
Projektuj i buduj – 2 (KIO 1653/23, KIO 1676/23), 154 (KIO 740/23, KIO 743/23,  
KIO 745/23)  
Próbka – 37 (KIO 749/23)  
Przebudowa – 1 (KIO 1703/23)  
Przedmiotowe środki dowodowe – 37 (KIO 749/23), 38 (KIO 482/23),  
39 (KIO 1078/23), 40 (KIO 1162/23), 41 (KIO 1515/23), 42 (KIO 1591/23),  
43 (KIO 1669/23), 141 (KIO 242/23, 305/23)  
Przystąpienie do postępowania odwoławczego – 232 (KIO 209/23),  
233 (KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23)

## R

Referencje – 81 (KIO 112/23), 129 (KIO 1547/23), 131 (KIO 115/23)  
Roboty budowlane – 1 (KIO 1703/23), 2 (KIO 1653/23, KIO 1676/23),  
130 (KIO 1817/23)

## S

Samoczyszczenie – 60 (KIO 373/23)  
Skrócenie okresu obowiązywania umowy – 258 (KIO 1633/23)  
Spółka cywilna – 71 (KIO 1773/23)  
Szczególne podstawy wykluczenia – 204 (KIO 590/23)

## Ś

Środki komunikacji elektronicznej – 26 (KIO 329/23), 28 (KIO 1788/23),  
29 (KIO 1106/23), 30 (KIO 554/23)

## T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 9 (KIO 244/23), 10 (KIO 404/23), 11 (KIO 674/23),  
12 (KIO 619/23, KIO 622/23), 13 (KIO 783/23), 14 (KIO 778/23),  
15 (KIO 808/23), 16 (KIO 869/23), 17 (KIO 970/23), 18 (KIO 1210/23),  
19 (KIO 1305/23), 20 (KIO 1479/23, KIO 1480/23, KIO 1481/23, KIO 1482/23),  
21 (KIO 1580/23), 22 (KIO 1669/23)  
Termin – 4 (KIO 1643/23)  
– termin realizacji zamówienia – 31 (KIO 1333/23)  
– termin składania ofert – 89 (KIO 1844/23)  
– termin związania ofertą – 166 (KIO 249/23)  
Tłumaczenie dokumentu – 23 (KIO 1619/23), 224 (KIO 1723/23)  
Treść oferty – 40 (KIO 1162/23), 75 (KIO 1189/23), 79 (KIO 284/23),  
92 (KIO 691/23)

**U**

Uchylenie się od zawarcia umowy – 201 (KIO 1854/23)

Uchylenie zakazu zawarcia umowy – 270 (KIO/W 3/23), 271 (KIO/W 5/23),

272 (KIO/W 7/23), 273 (KIO/W 9/23), 274 (KIO/W 5/23)

Umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne – 264 (KIO 117/23), 265 (KIO 735/23), 266 (KIO 1217/23, KIO 1238/23), 267 (KIO 1275/23, KIO 1280/23), 268 (KIO 1477/23),

Umowa ramowa – 220 (KIO 1619/23)

Unieważnienie postępowania:

- cena oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 184 (KIO 713/23), 185 (KIO 741/23), 186 (KIO 1581/23), 187 (KIO 1790/23)
- dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione – 198 (KIO 1022/23), 199 (KIO 1543/23)
- istotna zmiana okoliczności – 188 (KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23), 189 (KIO 1783/23), 190 (KIO 1885/23),
- negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki – 197 (KIO 204/23)
- niemożliwa do usunięcia wada postępowania – 191 (KIO 174/23), 192 (KIO 170/23), 193 (KIO 871/23), 194 (KIO 1193/23), 195 (KIO/KD 10/23), 196 (KIO 1408/23)
- nieprzyznanie środków na sfinansowanie zamówienia –

Uprawnienia do prowadzenia działalności - 70 (KIO 1773/23)

Uzasadnienie czynności Zamawiającego – 180 (KIO 593/23), 181 (KIO 719/23),

182 (KIO 1374/23), 183 (KIO 1725/23), 190 (KIO 1885/23), 200 (KIO 546/23)

**W**

Wadium – 167 (KIO 279/23), 168 (KIO 669/23), 169 (KIO 736/23),

170 (KIO 728/23, KIO 751/23), 171 (KIO 1397/23), 172 (KIO 1652/23),

173 (KIO 1805/23)

Waloryzacja – 207 (KIO 104/23), 208 (KIO 935/23), 209 (KIO 1272/23),

210 (KIO 1735/23)

Warunki udziału w postępowaniu – 63 (KIO 49/23), 64 (KIO 205/23),

65 (KIO 224/23), 66 (KIO 557/23), 67 (KIO 1207/23), 68 (KIO 1578/23),

69 (KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23, KIO 1832/23), 70 (KIO 1773/23),

71 (KIO 1773/23), 72 (KIO 159/23), 73 (KIO 1760/23), 74 (KIO 1086/23),

75 (KIO 1189/23), 76 (KIO 1382/23), 77 (KIO 718/23), 78 (KIO 1470/23),

125 (KIO 143/23), 127 (KIO 348/23), 130 (KIO 1817/23)

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów – 4 (KIO 1643/23),

28 (KIO 1788/23), 83 (KIO 1521/23), 84 (KIO 1722/23), 128 (KIO 886/23)

Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 104 (KIO 1141/23),

105 (KIO 1173/23), 106 (KIO 1416/23), 107 (KIO 1650/23), 108 (KIO 1638/23,

KIO 1659/23), 109 (KIO 1738/23), 110 (KIO 185/23), 111 (KIO 459/23),

113 (KIO 148/23), 123 (KIO 1504/23)

Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty – 90 (KIO 1030/23), 91 (KIO 1478/23)

Wezwanie do wyjaśnienia treści oświadczeń lub dokumentów – 85 (KIO 1657/23),  
86 (KIO 1770/23)

Wizja lokalna – 6 (KIO 1717/23)

Wpis od odwołania – 229 (KIO 1861/23)

Wpływ na wynik postępowania – 9 (KIO 244/23)

Wykluczenie wykonawcy:

- okres wykluczenia – 61(KIO 913/23), 62 (KIO 1203/23)
- nieproporcjonalność wykluczenia – 59 (KIO 1296/23)
- niewykonanie lub nienależyte wykonania zobowiązania – 52 (KIO 481/23),  
53 (KIO 746/23), 54 (KIO 1429/23), 55 (KIO 1453/23), 56 (KIO 1661/23)
- otwarcie likwidacji, ogłoszenie upadłości, zawarcie układu z wierzycielami  
– 47 (KIO 1614/23)
- porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji – 46 (KIO 1054/23)
- poważne naruszenie obowiązków zawodowych – 48 (KIO 279/23),  
49 (KIO 481/23), 50 (KIO 1462/23), 51 (KIO 1575/23)
- skazanie za przestępstwo – 44 (KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23),  
45 (KIO 1257/23)
- wprowadzenie w błąd – 57 (KIO 259/23), 58 (KIO 261/23)

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 112 (KIO 50/23), 113 (KIO 148/23),  
114 (KIO 359/23), 115 (KIO 394/23), 116 (KIO 1023/23), 117 (KIO 1045/23),  
118 (KIO 1117/23), 119 (KIO 1245/23), 120 (KIO 1282/23), 121 (KIO 1295/23),  
122 (KIO 1467/23), 123 (KIO 1504/23), 124 (KIO 1734/23),

Wyjaśnienia treści oferty – 90 (KIO 1030/23)

Wyjaśnienia treści SWZ – 88 (KIO 720/23)

## Z

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – 203 (KIO 1296/23),  
204 (KIO 590/23)

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 8 (KIO 512/23)
- języka polskiego – 23 (KIO 1619/23)
- legalizmu – 7 (KIO 1189/23)
- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – 5 (KIO 110/23,  
114/23), 6 (KIO 1717/23), 42 (KIO 1591/23), 91 (KIO 1478/23)
- proporcjonalności – 153 (KIO 14/23)
- przejrzystości – 8 (KIO 512/23), 48 (KIO 279/23)

Zasoby podmiotu trzeciego – 75 (KIO 1189/23), 76 (KIO 1382/23),  
77 (KIO 718/23), 78 (KIO 1470/23), 79 (KIO 284/23), 80 (KIO 281/23,  
KIO 282/23)

Zmiana umowy – 211 (KIO/KD 4/23), 212 (KIO/KD 2/23), 213 (KIO/KD 4/23)

Zmowa przetargowa – 46 (KIO 1054/23)

Związanianie zarzutami odwołania – 259 (KIO 259/23), 260 (KIO 346/23),  
261 (KIO 790/23), 262 (KIO 1108/23), 263 (KIO 1799/23)

**WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH W TEZOWANYCH ORZECZENIACH**

1. Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzenia produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG (Dz. Urz. UE L 218 z 13.8.2008, s. 82–128),
  - wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1730/23,
2. Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz. Urz. UE L 395 z 30.12.1989 r., s. 33-35 ze zm.):
  - postanowienie z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1209/23,
3. Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 076 z 23.3.1992, s. 14 ze zm.):
  - wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 728/23, KIO 751/23,
4. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004 r., s. 114–240):
  - wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1657/23,
5. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76-136 ze zm.),
  - wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23,
6. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65-242 ze zm.):
  - wyrok z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 481/23,
  - wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 674/23,
  - wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 746/23,
  - wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1257/23,
  - wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1305/23,
  - wyrok z dnia 26 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1296/23,
  - wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1661/23,
  - wyrok z dnia 28 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1203/23,

7. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (Dz. Urz. UE L 96 z 29.3.2014 r., s. 149-250 ze zm.):
  - wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1336/23,
8. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 23 kwietnia 2018 r. w sprawie wyszkolenia i kwalifikacji członków załóg statków morskich (Dz. U. z 2018 r. poz. 802 ze zm.):
  - wyrok z dnia 28 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1715/23,
9. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.):
  - wyrok z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 115/23,
  - wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23,
  - wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1657/23,
10. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, (Dz. Urz. UE L 229 z 31.7.2014 r., s. 1 – 11 ze zm.):
  - wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1788/23,
11. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016 r., s. 1-88 - RODO):
  - wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 244/23,
12. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017 r., s. 1-175 ze zm.):
  - wyrok z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 94/23,
13. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz. Urz. UE L 117 z 05.05.2017 r., s. 176-332 ze zm.):
  - wyrok z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 94/23,

14. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):
- postanowienie z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1275/23, KIO 1280/23,
  - wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1618/23,
15. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452):
- wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1336/23,
16. Rozporządzenie Rady (EWG, Euratom) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. określające zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów (Dz. Urz. UE L 124 z 8.6.1971 r. s. 1-2):
- wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1643/23,
17. Ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28 ze zm.):
- wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1643/23,
18. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 ze zm.):
- wyrok z dnia 26 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 104/23,
  - wyrok z dnia 6 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 204/23,
  - wyrok z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 587/23,
  - wyrok z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 669/23,
  - wyrok z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 718/23,
  - wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 720/23,
  - wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 736/23,
  - wyrok z dnia 31 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1421/23,
  - wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1544/23,
  - wyrok z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1643/23,
  - wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1653/23, 1676/23,
  - wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1661/23,
  - wyrok z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1726/23,
  - wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23,
19. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43 poz. 296 ze zm.):
- wyrok z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 40/23,
  - Wyrok z dnia 1 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 150/23,



- 
20. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47 poz. 211 ze zm.):
- wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 783/23,
  - wyrok z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 811/23,
  - wyrok z dnia 17 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1246/23,
  - wyrok z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1287/23,
  - wyrok z dnia 15 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1573/23,
21. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89 poz. 414 ze zm.):
- wyrok z dnia 27 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1703/23,
  - wyrok z dnia 10 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1817/23,
  - wyrok z dnia 12 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1822/23,
22. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 132 poz. 622 ze zm.):
- wyrok z dnia 16 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 294/23,
  - wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23, KIO 1815/23,
23. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88 poz. 553 ze zm.):
- wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 913/23,
  - wyrok z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1257/23,
24. Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. Nr 121 poz. 769 ze zm.):
- wyrok z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1625/23,
25. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137 poz. 926 ze zm.):
- wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 1/23,
  - wyrok z dnia 18 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1233/23,
26. Ustawa z dnia 7 października 1999 roku o języku polskim (Dz.U. Nr 90 poz. 999 ze zm.):
- wyrok z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1619/23,
27. Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 50 poz. 580 ze zm.):
- wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23, KIO 745/23,
28. Ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. Nr 229 poz. 2275 ze zm.):
- wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1730/23,

29. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535 ze zm.):
- wyrok z dnia 25 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 94/23,
30. Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.):
- wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1712/23,
  - wyrok z dnia 30 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1720/23,
  - wyrok z dnia 7 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1773/23,
31. Ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915 ze zm.):
- wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1390/23,
32. Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2015 r., poz. 978 ze zm.):
- wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1614/23,
33. Ustawa z 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2016 r., poz. 542 ze zm.):
- wyrok z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1336/23,
  - wyrok z dnia 3 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1730/23,
34. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.);
35. Ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835 ze zm.):
- wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1788/23.



**ISSN: 2719-566X**

**Warszawa 2024**