

Krajowa Izba Odwoławcza

Orzecznictwo - zamówienia publiczne

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

Krajowa Izba Odwoławcza

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

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

WARSZAWA, 2020

NR 2
2020 ROK (2)

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

NR 2, 2020 rok (2)

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Ewa Kisiel

Anna Kuszel-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziątek-Bujak

Katarzyna Odrzywolska

Irmina Pawlik

Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Agnieszka Trojanowska

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Rakowskiej

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Nakład: 1000 egz.

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Skład, łamanie i druk:

CC Professionals Group, www.ccpog.com.pl

Warszawa 2020 r.

Spis treści

WPROWADZENIE	15
Art. 2 pkt 9b	17
1. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20	17
Art. 7 ust. 1	19
2. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt 465/2020	19
3. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20	20
Art. 8 ust. 1–3	23
4. Wyrok z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20	23
5. Wyrok z dnia 5 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 458/20	25
6. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 846/20	27
7. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r. sygn., akt KIO 823/20	27
8. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2025/20	28
9. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 1965/20	30
Art. 10a ust. 5	31
10. Wyrok z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 296/20 i 297/20	31
11. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 603/20	31
12. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20	34
Art. 10b	36
13. Wyrok z dnia 12 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 870/20	36
14. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1108/20	38
15. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1451/20	39
Art. 14	41
16. Wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 940/20	41

17. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 978/20	42
Art. 22 ust. 1a	43
18. Wyrok z dnia 9 września 2020 r., sygn. akt KIO 1988/20, KIO 1990/20	43
19. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2005/20	45
Art. 22 ust. 2.	47
20. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1398/20	47
Art. 22a ust. 1 i 2	49
21. Wyrok z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 975/20	49
22. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20	50
Art. 22a ust. 4	51
23. Wyrok z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20	51
24. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1506/20	54
25. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2107/20	55
Art. 22a ust. 6.	57
26. Wyrok z dnia 29 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1434/20	57
Art. 22d ust. 1	58
27. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 448/20	58
Art. 22d ust. 2	61
28. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2038/20	61
Art. 23 ust. 5.	63
29. Wyrok z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1510/20	63
30. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 2214/20	65
Art. 24 ust. 1 pkt 12	66

31. Wyrok z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 444/20, KIO 708/20	66
32. Wyrok z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 809/20	68
33. Wyrok z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20	69
34. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 787/20	74
35. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 858/20	77
36. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 866/20	78
37. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1515/20.....	79
38. Wyrok z dnia 14 września 2020 r., sygn. akt KIO 2024/20	81
39. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 2078/20	82
Art. 24 ust. 1 pkt 13	84
40. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1419/20	84
Art. 24 ust. 1 pkt 17	85
41. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 395/20	85
42. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 980/20 i KIO 985/20.....	86
43. Wyrok z dnia 30 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 946/20	87
44. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2113/20	88
45. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2095/20	89
Art. 24 ust. 1 pkt 19	91
46. Wyrok z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt KIO 440/20	91
47. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1985/20	93
48. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20	94
49. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2256/20	96
Art. 24 ust. 1 pkt 20	100
50. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 784/20	100
51. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20	101

52. Wyrok z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 497/20	103
53. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20	107
Art. 24 ust. 5 pkt 2	110
54. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1342/20	110
Art. 24 ust. 5 pkt 4	112
55. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 816/20	112
56. Wyrok z dnia 2 września 2020 r., sygn. akt KIO 1709/20	114
Art. 24 ust. 7 pkt 3	116
57. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1781/20	116
Art. 24 ust. 8.	117
58. Wyrok z dnia 12 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 697/20	117
Art. 24aa.	119
59. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1013/20	119
60. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1871/20, KIO 1908/20 ..	121
Art. 24aa ust. 2.	122
61. Wyrok z dnia 17 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1799/20	122
Art. 25 ust. 1.	123
62. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1177/20	123
63. Wyrok z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 997/20	125
64. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1428/20	127
Art. 26 ust. 3.	128
65. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 430/20	128
66. Wyrok z dnia 1 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 815/20	128
67. Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt 1115/20	129

68. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1364/20	130
69. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt 2130/20, KIO 2132/20	132
70. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20	133
71. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2095/20	135
Art. 26 ust. 4	136
72. Wyrok z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1229/20	136
Art. 26 ust. 6.	138
73. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 439/20	138
Art. 29 ust. 2.	140
74. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 676/20	140
75. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 665/20	141
76. Wyrok z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 786/20	142
77. Wyrok z dnia 4 września 2020 r., sygn. akt KIO 1873/20	144
Art. 29 ust. 3a.	147
78. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 313/20 i KIO341/20	147
79. Wyrok z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 928/20	149
80. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1398/20	150
Art. 30 ust. 5.	152
81. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1793/20	152
Art. 36 ust. 1 pkt 16	155
82. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1608/20	155
83. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1960/20	157
84. Wyrok z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 1877/20	158
Art. 36aa.	160

85. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1871/20, KIO 1908/20 .	160
Art. 38 ust. 4.	162
86. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1349/20	162
87. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20 . . .	163
Art. 57 ust. 2.	165
88. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 847/20	165
Art. 62 ust. 1 pkt 4.	168
89. Wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1808/20	168
Art. 67 ust. 1 pkt 3.	170
90. Wyrok z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt 989/20	170
Art. 82 ust.3.	172
91. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 710/20	172
Art. 86 ust. 4.	173
92. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1108/20	173
Art. 87.	174
93. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20	174
94. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 803/20	175
95. Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1030/20	176
96. Wyrok z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1341/20	177
97. Wyrok z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1313/20	178
98. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20 . . .	179
99. Wyrok z dnia 9 września 2020 r., sygn. akt KIO 1396/20 i KIO 2020/20 . .	181
100. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20	182
Art. 89 ust. 1 pkt 2.	183

101. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20	183
102. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 555/20	184
103. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 820/20	185
104. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 947/20	188
105. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1933/20	188
106. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1993/20, KIO 1997/20 . .	190
107. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 2003/20	191
108. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1838/20	193
Art. 89 ust. 1 pkt 3	194
109. Wyrok z dnia 9 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 744/20	194
110. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 858/20	197
111. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20	198
112. Wyrok z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1755/20	200
113. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20	201
114. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 1865/20	203
Art. 89 ust. 1 pkt 4	208
115. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1391/20	208
116. Wyrok z dnia 1 września 2020 r., sygn. akt KIO 1763/20	209
Art. 89 ust. 1 pkt 5	210
117. Wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1505/20	210
Art. 89 ust. 1 pkt 6	211
118. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 372/20	211
119. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20 . . .	211
120. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1885/20	212
Art. 89 ust. 1 pkt 7a	214
121. Wyrok z dnia 1 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 815/20	214

122. Wyrok z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1063/20 214
123. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1554/20, KIO 1572/20. . . 216

Art. 89 ust. 1 pkt 7b 217

124. Wyrok z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 406/20 217
125. Wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1176/20 219
126. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1698/20. 222
127. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2036/20 224

Art. 89 ust. 4 225

128. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 1966/20, KIO 1968/20 . 225

Art. 90 ust. 1–2. 226

129. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 313/20 i KIO 341/20 226
130. Wyrok z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 410/20 227
131. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 893/20 228
132. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1289/20 228
133. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1394/20 230
134. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1461/20. 230
135. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20. 232
136. Wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20 . . 233
137. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1835/20 234
138. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20 . . . 236
139. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1981/20 237
140. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 1969/20 238
141. Wyrok z dnia 18 września 2020 r., sygn. akt KIO 1897/20 240
142. Wyrok z dnia 22 września 2020 r., sygn. akt KIO 1943/20 241
143. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 2078/20 242

Art. 90 ust. 3. 242

144. Wyrok z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 486/20	242
145. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 758/20	244
146. Wyrok z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1029/20	245
Art. 91.....	247
147. Wyrok z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1486/20	247
Art. 91 ust. 1.....	247
148. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1537/20.....	247
149. Wyrok z dnia 17 sierpnia 2020r., sygn. akt KIO 1323/20	248
Art. 91 ust. 2d	249
150. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 823/20	249
151. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 2001/20	251
Art. 92 ust. 1 pkt 2.....	252
152. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1961/20	252
Art. 92 ust. 1 pkt 3.....	253
153. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 411/20, KIO 413/20, KIO 450/20	253
154. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 796/20	254
Art. 93 ust. 1 pkt 4	256
155. Wyrok z dnia 9 marca 2020 r., sygn. akt KIO 370/20	256
156. Wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 672/20, KIO 677/20	258
157. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1562/20.....	260
Art. 93 ust. 1 pkt 6	261
158. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 373/20	261
159. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 912/20	263

160. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 765/20	268
Art. 93 ust. 1 pkt 7	272
161. Wyrok z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt KIO 605/20	272
Art. 93 ust. 1a.	273
162. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1250/20	273
Art. 131bc ust. 4.	276
163. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 321/20	276
Art. 179 ust. 1.	278
164. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20	278
165. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 875/20	279
166. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1356/20.	281
167. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1844/20.	281
168. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1993/20, KIO 1997/20 . .	283
Art. 180 ust. 1.	284
169. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1542/20.	284
Art. 180 ust. 2.	285
170. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1307/20.	285
Art. 180 ust. 3.	286
171. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 683/20	286
Art. 182 ust. 3–4.	287
172. Wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1808/20.	287
Art. 182 ust. 6.	290
173. Wyrok z dnia 5 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1467/20	290

Art. 185 ust. 2–3	291
174. Wyrok z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 406/20	291
175. Wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 523/20	292
176. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1768/20	293
177. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20 . . .	294
178. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1818/20	295
179. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2076/20	297
Art. 186 ust. 2	298
180. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1410/20	298
Art. 186 ust. 6 pkt 1	299
181. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 1895/20	299
Art. 189 ust. 2 pkt 2	300
182. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20	300
Art. 189 ust. 2 pkt 3	301
183. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20	301
184. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20	303
185. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1307/20	304
186. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2256/20	305
Art. 189 ust. 2 pkt 4	306
187. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20	306
Art. 189 ust. 2 pkt 5	306
188. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1961/20	306
Art. 189 ust. 2 pkt 7	307
189. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1958/20	307

Art. 190 ust. 1	309
190. Wyrok z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 329/20	309
191. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1283/20	309
192. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1349/20	311
193. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 1966/20 i KIO 1968/20 ..	313
Art. 190 ust. 2	314
194. Wyrok z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 329/20	314
Art. 190 ust. 6	317
195. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 656/20	317
Art. 191 ust. 2	318
196. Wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1543/20, KIO 1577/20, KIO 1610/20, Kio 1611/20	318
Art. 191 ust. 3	319
197. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2024/20	319
Art. 192 ust. 2	320
198. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20	320
Art. 192 ust. 7	321
199. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20	321
200. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 787/20	323
INDEKS RZECZOWY	324
AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH	330

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

oddajemy w Państwa ręce numer 2 publikacji „Orzecznictwo – zamówienia publiczne”, zawierające usystematyzowany zbiór części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

W tym miejscu wymaga podkreślenia fakt, że ten rok jest inny od wszystkich poprzednich lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej z uwagi na pandemię COVID-19, która – podobnie jak i w wielu innych instytucjach – w dużym stopniu determinowała działalność Izby.

Swoim zakresem publikacja ta obejmuje 200 tez orzeczniczych, które zostały wybrane z 1830 orzeczeń Izby wydanych w okresie od marca do września 2020 roku. Izba od 16 marca do 22 maja 2020 roku nie prowadziła rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Prezentowane tezy orzecznicze zostały więc wydane w okresie bardzo zintensyfikowanej pracy orzeczniczej.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ma szczególne znaczenie dla zamawiających i wykonawców. Podmioty stosujące przepisy prawa zamówień publicznych muszą poradzić sobie niejednokrotnie z rozwikłaniem zagadnienia prawnego, które wyłoniło się na kanwie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chcemy, aby zaprezentowane tezy orzecznicze stały się dla Państwa

wskazówką lub też wzorem rozwiązania zaistniałego problemu przy rozstrzygnięciu podobnych spraw w przyszłości.

Mamy także nadzieję, że i ta publikacja będzie cieszyła się Państwa zainteresowaniem i będzie stanowić istotne źródło informacji o orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Małgorzata Rakowska

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

Art. 2 pkt 9b

1. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20

W ocenie Izby odwołujący oparł swój zarzut na nieprawidłowej tezie, że zwykły stosunek gospodarczy, pomiędzy wykonawcą a jakimkolwiek przedsiębiorcą, dotyczący ogółu działalności wykonawcy, należy zakwalifikować jako podwykonawstwo, kiedy w ocenie składu orzekającego na podstawie art. 2 pkt 9b p.z.p. – zgodnie z którym przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego – podwykonawca to podmiot, który realizuje część umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Istotą podwykonawstwa jest to, aby świadczenie podwykonawcy na rzecz wykonawcy zostało zawarte w zakresie danego zamówienia, bowiem istnieje znacząca grupa umów, które wykonawca zawiera z podmiotami trzecimi, które są niezbędne do realizacji zamówienia, a nie stanowią umowy o podwykonawstwo w rozumieniu omawianej normy. Zdaniem składu orzekającego nie będzie to jakakolwiek umowa, a zobowiązanie podwykonawcy do samodzielnego wykonania wyraźnie wydzielonej części z całego świadczenia dla zamawiającego, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. Pojęcie podwykonawstwa nie obejmuje zatem wykonywania czynności akcesoryjnych czy pomocniczych, podejmowanych pod nadzorem wykonawcy, czy świadczeń potrzebnych wykonawcom do prowadzenia działalności związanej z realizacją zamówienia, np. usługi telefoniczne, kredytowe,

prawnicze, dostawy sprzętu biurowego etc., a będą to jedynie te umowy, których rezultatem będzie stanowiąc jednocześnie wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, podlegające odbiorowi i ocenie zamawiającego w zakresie należytego wykonania zamówienia (vide uzasadnienie ustawy z 08.11.2013 r. o zmianie ustawy p.z.p. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473), wprowadzającej do p.z.p. definicję podwykonawstwa). Zakwalifikowanie stosunku wykonawcy z innym podmiotem, jako wypełniającego przesłanki art. 2 pkt 9b p.z.p., wymaga wykazania, że podmiot ten bezpośrednio zrealizuje część zamówienia. Taka okoliczność nie wynika ani z umowy w zakresie świadczenia obsługi prawnej, ani z umowy w przedmiocie prowadzenia rachunkowości, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Wykonawca, który powierza wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom, winien wskazać rodzaj i zakres czynności, które podwykonawca będzie wykonywał, a który to zawiera się w umowie dotyczącej przedmiotu zamówienia. Przy tym działalność, która nie jest bezpośrednio nakierowana na zrealizowanie określonej części zamówienia publicznego, nie stanowi podwykonawstwa, nadinterpretacją byłoby bowiem utożsamianie pojęcia podwykonawcy z podmiotami, które wykonują czynności w zakresie ogólnej obsługi przedsiębiorstwa wykonawcy. Istota umów o podwykonawstwo sprowadza się do tego, że świadczenie podwykonawcy stanowi jednocześnie część świadczenia wykonawcy, do którego jest on zobowiązany w ramach odrębnej umowy łączącej go z innym podmiotem. Występuje tu swoisty układ dwóch odrębnych stosunków zobowiązaniowych

w pionie, pomiędzy którymi zachodzi związek faktyczny i prawny, zatem wykładnia rozszerzająca te stosunki na podmioty, których świadczenie wobec wykonawcy nie będzie stanowić części zamówienia nabywanego przez zamawiającego – a więc niebędące podwykonawcami – jest niedopuszczalna.

Art. 7 ust. 1

2. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt 465/2020

W przekonaniu składu orzekającego Izby w przypadku zamówień publicznych objętych ustawą Prawo zamówień publicznych interpretacja art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o terminach zapłaty nie może abstrahować od art. 7 ust. 1 ustawy pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w świetle pronunijnej wykładni art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o terminach zapłaty, tzn. biorąc pod uwagę art. 3 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 48/1 z 23.02.2011 ze zm.), z którego wynika, że państwa członkowskie powinny zapewnić, aby termin płatności określony w umowie nie przekraczał 60 dni, a odstępstwo od tej reguły może nastąpić wtedy, gdy w umowie wyraźnie postanowiono inaczej, a ponadto wydłużenie terminu zapłaty nie jest rażąco nieuczciwe wobec

wierzyciela – zasadą jest maksymalnie 60-dniowy termin zapłaty, a dłuższy termin ma charakter wyjątku, wymagającego spełnienia dodatkowych przesłanek, które nie powinny być w związku z tym interpretowane rozszerzająco.

Tymczasem wprowadzenie zróżnicowanego terminu zapłaty za należyte wykonanie tego samego świadczenia w zależności od statusu wykonawcy jako MŚP albo dużego przedsiębiorcy oznacza odmienne traktowanie wykonawców, którzy w taki sam sposób wykonują przedmiot zamówienia. W przekonaniu składu orzekającego Izby jest to takie samo naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 pzp, jak wprowadzanie odmiennych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej albo zdolności technicznej lub zawodowej.

3. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20

W badanym postępowaniu zamawiający zmienił SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Do ustalania warunków udziału w postępowaniu odnosi się art. 22 ust. 1a Pzp, który stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z przepisu tego wynikają dyrektywy: przedmiotowa – proporcji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oraz

podmiotowa – oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Dyrektywy te wespół z zasadami postępowania wskazanymi w art. 7 ust. 1 Pzp znajdują zastosowanie również przy ocenie czynności zamawiającego polegającej na zmianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że przy badaniu proporcji nowo ustalonego wymagania zamawiającego do przedmiotu zamówienia nie sposób pominąć, że wymaganie wykonania przejść dla zwierząt było zawarte w SIWZ już na etapie wszczęcia postępowania, zatem to w tym czasie zamawiający działający z należyłą starannością powinien ustalić adekwatne warunki udziału w postępowaniu. Przygotowując postępowanie, zamawiający dysponował lub co najmniej powinien dysponować wszystkimi informacjami niezbędnymi do ustalenia wymagań stawianych wykonawcom, w tym opisem przedmiotu zamówienia oraz wiedzą na temat możliwości rynku. Okoliczności te nie uległy zmianie w toku postępowania, a jedyna różnica, jaka mogła zaistnieć od wszczęcia postępowania do dnia zmiany treści warunku, polegała na tym, że zamawiający uzyskał wiedzę, co do wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Poszczególni wykonawcy zadając zamawiającemu pytania dotyczące treści SIWZ, ujawnili swoje zainteresowanie badanymi postępowaniami o udzielenie zamówienia. Już z tego powodu zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego jest nieuzasadniona oraz narusza zasady ustalone w art. 7 ust. 1 Pzp. Działanie zamawiającego, który wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia, a następnie przy niezmienionych wymaganiach dotyczących przedmiotu zamówienia zmienia warunki udziału

w postępowaniu, ograniczając konkurencję, jest nieprzejrzyste oraz sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawcy są uprawnieni do tego, aby po wszczęciu postępowania przygotowywali się do wzięcia w nim udziału, działając w zaufaniu do treści SIWZ. Zmiana SIWZ dokonana tuż przed upływem terminu składania ofert prowadzi do utraty możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez część wykonawców, pomimo tego, że w tym momencie postępowania mogli ponieść lub ponieśli już koszty organizacyjne i finansowe związane z przygotowaniem oferty. Takie zachowanie zamawiającego należy ocenić jednoznacznie negatywnie. Skoro obowiązek współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikający z art. 354 k.c. dotyczy na równych prawach zamawiającego i wykonawcy, to cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na objęcie nim również i tego etapu relacji między zamawiającym a wykonawcami. Ponadto, w ocenie Izby, również dochowanie należytej staranności dotyczy nie tylko wykonawców, ale w pierwszej kolejności zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego obejmuje prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia i proporcjonalnych do niego warunków udziału w postępowaniu. Zmiana tych warunków na późnym etapie postępowania podważa staranność zamawiającego i narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania. Nie przekonuje podany przez zamawiającego argument, że dopiero na tym etapie „uzyskał zgodę centrali”. Z punktu widzenia przepisów ustawy

i zasad prowadzenia postępowania pozbawiony on jest jakiegokolwiek doniosłości.

Art. 8 ust. 1–3

4. Wyrok z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20

Izba stwierdziła, że XXX składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, nie wykazała wartości gospodarczej zawartych w nich informacji. Przystępujący powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia zamieszczonego na wstępie tych wyjaśnień, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji w nich zawartych osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał. Nie może być uznane za wystarczające uzasadnienie ogólnikowe twierdzenie, że wyjaśnienia obrazują politykę wewnętrzną wynagrodzeń stosowaną u Wykonawcy [,] jak również przedstawiają wysokość naliczonej marży. Przedstawiają również wynegocjowane stawki pozostałych elementów cenotwórczych. A także zapewnienie, że informacje te mają dla Wykonawcy zarówno wartość handlową, gospodarczą, jak i organizacyjną, a ich ujawnienie stanowiłoby cenne źródło informacji dla firm konkurencyjnych oraz w znaczący sposób wpłynęłoby na obniżenie konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Nie wiadomo, na czym polega rzekomo zarówno handlowy, gospodarczy, jak i organizacyjny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach. Nie zostało również skonkretyzowane, w jaki sposób ujawnienie poszczególnych lub całości informacji zawartych w tym dokumencie

(oraz w załączonych do niego dokumentach) może wymiennie negatywnie wpłynąć na rynkową pozycję XXX. (...)

O tym, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mają dla XXX konkretnej wartości gospodarczej świadczy najlepiej przebieg rozprawy, na której członek zarządu de facto ujawnił w obecności przedstawicieli Konsorcjum szczegółowe informacje odnośnie wysokości skalkulowanych na potrzeby tego zamówienia kosztów administracyjnych, w tym kosztów wynagrodzenia pracowników biurowych i kosztów wynajmu pomieszczeń biurowych (wraz z kosztem mediów). Jednocześnie takie zachowanie przekreśla ewentualnie podjęte uprzednio działania mające na celu zachowanie w poufności tych informacji.

Z uwagi na oczywisty brak spełnienia pierwszej i drugiej przesłanki definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się do wskazanych przez XXX działań mających na celu zachowanie w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach. Tym niemniej sprowadza się to do ogólnikowego wskazania na stosowanie określonego obiegu dokumentów, systemu loginów i haseł, oprogramowania antywirusowego i klauzul o zachowaniu poufności w umowach z innymi podwykonawcami, bez załączenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających stosowanie tych środków.

XXX nie sprostała także obowiązкови udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania z tego względu, że z dokumentów, które pochodzą od innych podmiotów (zobowiązań

współpracy, ofert cenowych, faktur) nie wynika, ani że uważają one przekazywane informacje (w tym ewentualnie udzielonych rabatów) za stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa, ani że zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Stąd nie jest wystraszające samo zapewnienie o tym, że umowy z kontrahentami zawierają klauzule poufności. Wyjątkiem jest oferta dotycząca szkoleń, gdzie przynajmniej zaznaczono w stopce, że ma charakter poufny, jednak nie została ona załączona do wyjaśnień, a złożona została dopiero na rozprawie.

5. Wyrok z dnia 5 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 458/20

Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący poza przywołaniem poglądu doktryny, podnosił, że zastrzeżone informacje wskazują na sposób kalkulacji ceny szczegółowej. Wskazał również, że zastrzeżone informacje mogą stanowić podstawę wywnioskowania zastosowanych technologii i rozwiązań, które w zakresie sprzętowym, organizacyjnym i zarządczym stanowią autorskie rozwiązanie dedykowane Zamawiającemu i jako takie stanowi wartość gospodarczą. W ocenie Izby przywołane ogólne twierdzenia Przystępującego nie wyczerpują przesłanki wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Argumentacja Wykonawcy w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest ponadto gołosłowna. Brak jest w treści uzasadnienia nie tylko samej argumentacji, ale nawet jakichkolwiek

dowodów potwierdzających wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Wartość gospodarczą informacji można rozumieć dwojako. Po pierwsze, dosłownie, w tym znaczeniu wartość gospodarcza tajemnicy wyznaczona jest jej wartością ekonomiczną, dającą się wyrazić w pieniądzu. Po drugie, w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości majątkowej zastrzeżonych informacji. Nie wykazał również, iż posiada uzasadniony interes gospodarczy w nieujawnieniu treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Takim interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji realności zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.

Wydaje się, że Przystępujący upatrywał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji w tym, iż wyjaśnienia zawierają ceny za urządzenia, oprogramowanie, robociznę oraz w tym, iż, w jego ocenie, wyjaśnienia zawierają opis czynników wpływających na obniżenie ceny. W tym zakresie wskazać należy, że ceny za poszczególne elementy mogłyby być uznane za informacje mającą wartość gospodarczą, o ile wykonawca jest w stanie wykazać, że otrzymane od producenta informacje cenowe wynikają ze szczególnych okoliczności, indywidualnych uwarunkowań wykonawcy, niedostępnych innym podmiotom działającym w branży, nie są cenami powszechnie dostępnymi dla innych podmiotów działających w branży. Ponadto możliwość zastrzeżenia informacji

cenowych producenta jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy musi wiązać się z koniecznością wykazania przez wykonawcę, że producent przekazując wykonawcy kalkulacje cenowe, traktował takie informacje jako informacje poufne.

6. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 846/20

Podkreślić także należy, że termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia upływa z chwilą złożenia wyjaśnień, po tym terminie uprawnienie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wygasa. Tym samym wszelkie późniejsze, na etapie postępowania odwoławczego, wyjaśnienia wykonawcy co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia nie mogą być wzięte pod uwagę. Okoliczność, że inni wykonawcy, w tym Odwołujący, zastrzegli w swych ofertach informacje zawarte w wykazach osób oraz usług, nie dowodzi prawidłowości zastrzeżenia tych informacji przez Przystępującego XXX.

7. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r. sygn., akt KIO 823/20

Dalej Izba wskazuje, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie

określonych kosztów. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny co oznacza, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

8. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2025/20

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie

zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłyby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że podjął niezbędne działania, między innymi poprzez wprowadzenie w 2008 systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008. Dodatkowo pracownicy Spółki i osoby współpracujące z XXX zobowiązane są na podstawie zawartych umów do zachowania tajemnicy wszelkich informacji dotyczących funkcjonowania i struktury XXX oraz poufności pozyskanych danych. Sposób kalkulacji ceny ofertowej i stosowane rabaty, upusty udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających podpisane odpowiednie klauzule poufności.

Z powyższego wynika, że przystępujący, dokonując zastrzeżenia, powoływał się na dokumenty lub ich fragmenty/klauzule. Dziwi zatem fakt, że ich nie złożył wraz z wyjaśnieniami. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie zawsze będzie mógł powołać się na konkretne dowody w postaci dokumentów. Nierzadko zdarza się, zwłaszcza w sytuacji mniejszych podmiotów gospodarczych, np. osób fizycznych, prowadzących działalność gospodarczą, że podjęte działania polegają np. na fizycznym zabezpieczeniu informacji, np. w szafie pancерnej.

Inaczej zatem będzie wyglądało dowodzenie w takim przypadku, a inaczej w przypadku wykonawcy powołującego się na dokumenty. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, by przystępujący wraz z wyjaśnieniami złożył kopie umów zawierających klauzule poufności, chociażby w postaci zanonimizowanej. Brak jakichkolwiek dowodów czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym.

9. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 1965/20

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą i odtajniony dokument przekazał odwołującemu. W tym zakresie w ocenie składu orzekającego zamawiającemu zabrakło konsekwencji, ponieważ jeśli odtajnił powyższe uzasadnienie, to powinien odtajnić także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, złożone wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Skład orzekający ma świadomość, że na rynku istnieje praktyka zastrzegania jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa także dokumentów obejmujących samo uzasadnienie takiego zastrzeżenia. Taką praktykę co do zasady należy uznać za niewłaściwą oraz stanowiącą przejaw nadużywania przepisów odnoszących się do możliwości stosowania takiej tajemnicy. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno stanowić przedstawienie argumentacji, czyli powodów zastrzegania określonych informacji złożonych w dokumentach jako zawierających

tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie powinno być dostępne innym wykonawcom, aby mogli oni ocenić zasadność takiego zastrzeżenia i podjąć w tym zakresie stosowne działania.

Art. 10a ust. 5

10. Wyrok z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 296/20 i 297/20

W świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia e-IDAS we wskazanych powyżej przypadkach podpis rodzi takie same skutki prawne. Złożenie podpisu czy to pod paczką, czy to pod każdym dokumentem z osobna wywołuje ten sam skutek. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów. Zatem, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, kilku oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku lub zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych. W związku z powyższym złożenie przez wykonawcę jednego podpisu na pliku pdf zawierającym dwa oświadczenia należy uznać za prawidłowe.

11. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 603/20

Podstawą do podniesienia zarzutu przez odwołującego było stanowisko, że oferta wykonawcy XXX nie została podpisana

elektronicznym podpisem kwalifikowanym, co powoduje w ocenie odwołującego, że jest ona niezgodna z ustawą p.z.p., a także nieważna na podstawie odrębnych przepisów, wskazanych powyżej. Odwołujący upatrywał wady oferty w tym, iż skoro podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu, to powinien być stosowany w sposób identyczny jak podpis własnoręczny – składany w tych samych miejscach, w których składany byłby podpis własnoręczny. Natomiast wykonawca XXX nie podpisał oddzielnie pliku formularz oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) i pliku formularz cenowy (załącznik nr 1a do SIWZ), a scalił oba załączniki w jeden plik, który podpisał podpisem elektronicznym, czyli zdaniem odwołującego nie złożono podpisu pod formularzem oferty.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że wykonawca XXX złożył ofertę – 40 stronicowy plik w formacie pdf zawierający formularz oferty i formularz cenowy – prawidłowo podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pana XXX, co zresztą nie było przez odwołującego kwestionowane. W ocenie składu orzekającego umknęło uwadze strony, że wadą oferty powodująca niezgodność z ustawą czy nieważność na podstawie odrębnych norm, nie będzie niezłożenie podpisu elektronicznego w konkretnym miejscu dokumentu elektronicznego. Zarzucane przez odwołującego wady oferty stanowią istotne wadliwości co do jej formy, a wady takiej XXX nie zarzucano, więc omawiane zarzuty już z tego powodu nie mogły zostać uwzględnione, jak również problemem w ocenie strony nie była prawidłowość podpisu, a „miejsce” w jakim on się znajdował. Art. 10a ust. 5 p.z.p. dotyczący wymogu sporządzenia, pod rygorem

nieważności, oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, także takich obostrzeń nie zawiera. Izba wskazuje, że „do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu” (art. 781 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), zatem trudno skutecznie twierdzić, że fakt łącznego podpisania dwóch załączników do SIWZ, a nie każdego oddzielnie, nie spełnia wymogu postaci elektronicznej, a jedynie za taką wadę można byłoby ofertę odrzucić (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 p.z.p. lub art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 781 § 1 k.c.). (...) Warto zwrócić uwagę, że składanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego odbywa się nieco inaczej, niż dotychczas składanie podpisu własnoręcznego. W przypadku dokumentu elektronicznego trudno mówić o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Kwalifikowany podpis elektroniczny co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego, czy podpisano np. plik w formacie pdf, czy nawet jeżeli podpisano plik skompresowany do formatu zip. Podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych i w świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia e-IDAS we wskazanych powyżej przypadkach podpis rodzi takie same skutki prawne.

Podpis elektroniczny dotyczy danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów, zatem niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania

każdego pliku z osobna, kilku oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku lub zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych. (por. wyrok Izby z 05.03.2020 r. sygn. akt KIO 296/20, KIO 297/20) Wobec powyższego skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał naruszenia zarzucanych norm prawnych i omawiane zarzuty, jako bezpodstawne, zostały przez Izbę oddalone.

12. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20

Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Takie też postanowienie Zamawiający zawarł w pkt 12.10 SIWZ.

W świetle omawianego zarzutu należy podkreślić, że z perspektywy „technicznej”, zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną oraz opatrzenie tak powstałego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy spełnia wymagania wskazane w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Oświadczenie woli złożone przez wykonawcę w powyższy sposób należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie

przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba stoi na stanowisku, że skan oferty pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej stanowi uporządkowanym zbiór w określonej strukturze wewnętrznej, zgodnej ze standardem zastosowanego formatu jego zapisu. Stanowi on również odrębną całość znaczeniową przedstawiającą w formie graficznej zawarte w nim informacje. Dodać również należy, iż każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. PDF, JPG, DOCX odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji. Tym samym ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej, następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny.

W przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. Ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej,

jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń odnośnie sposobu sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej, w tym pliku w formacie pdf, a w szczególności nie wykluczył sporządzenia takiego pliku poprzez zeskanowanie do niego wydrukowanego dokumentu i opatrzenie go podpisem „faksymile”. Jak wskazał sam Odwołujący, tak sporządzony dokument został następnie opatrzony przez Przystępującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie ma więc podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

Art. 10b

13. Wyrok z dnia 12 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 870/20

Dokonane ustalenia wskazywały na brak odpowiedzialności Zamawiającego za brak możliwości złożenia oferty przez Odwołującego. To Wykonawca, zwlekając z podjęciem właściwej reakcji na problemy techniczne, doprowadził do sytuacji, w której nie udało mu się złożyć oferty. Zgodnie z siwz po stronie Wykonawcy spoczywał obowiązek właściwego przygotowania sprzętowego i aplikacyjnego do złożenia oferty, w tym zapewnienia obsługi JavaScript. Ponadto Wykonawca podejmował niepotrzebne próby nawiązania kontaktu z Zamawiającym, chociaż sam w odwołaniu wskazał, iż w przypadku *jakichkolwiek wątpliwości związanych z zasadami korzystania z Platformy Wykonawca winien się skontaktować*

z dostawcą rozwiązania teleinformatycznego Platforma zakupowa kgpolicja (pod wskazanym nr telefon na infolinię jak i adresem mailowy). To ten błąd doprowadził do sytuacji, w której dopiero na ok 15 minut przed upływem terminu na złożenie oferty Wykonawca zalogował się do Platformy. Dalsza przeszkoda – brak możliwości złożenia podpisu – również obciąża Wykonawcę. Wykazane przeszkody techniczne w działaniu Platformy, które udało się sprawnie usunąć przed terminem składania ofert (tj. synchronizacji platformy Oneplace z platformą kgpolicja.ezamawiający.pl), nie stanowiły bezpośredniej przeszkody, która uniemożliwiała złożenie oferty.

W tych okolicznościach nie było podstaw do uznania, iż dostarczone przez Zamawiającego narzędzie nie spełniało cech dostępności i interoperacyjności, o czym nie mógł świadczyć sam fakt kłopotów z synchronizacją platform. Wprawdzie było to zdarzenie niezależne od Wykonawcy, to fakt, iż udało się sprawnie usunąć usterkę w trakcie rozmowy telefonicznej potwierdza możliwość skorzystania z narzędzia do złożenia oferty. Możliwość wystąpienia zakłóceń jest nieodzownym elementem komunikacji elektronicznej i dopiero wykazanie, iż Platforma nie zadziałała, mogłoby uzasadniać wnioski prezentowane przez Odwołującego. Fakt, iż Wykonawca otrzymał pomoc w trakcie kilkuminutowej rozmowy, pozwala przyjąć, iż to zwłoka w podjęciu działań zgodnych z wytycznymi Zamawiającego doprowadziła do braku możliwości złożenia oferty.

14. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1108/20

Nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Odwołującego co do sposobu wypełnienia przez Zamawiającego nałożonego na niego w art. 10b ustawy Pzp wymogu zapewnienia odpowiednich narzędzi i urządzeń do komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że otrzymał urzędowe potwierdzenie przesłania oferty, co pozwalało mu domniemywać, że oferta złożona została poprawnie. Podniósł także, że platforma, na której prowadzone jest postępowanie, nie powinna umożliwić zaszyfrowania oferty kluczem do szyfrowania wniosków, który powinien być już nieaktualny. Odnosząc się do powyższych twierdzeń, po pierwsze zauważyć należy, że otrzymane przez Odwołującego urzędowe potwierdzenie dokumentuje jedynie fakt, że oferta została przesłana, nie ma natomiast podstaw wywodzić z tego potwierdzenia, że oferta została zaszyfrowana w sposób umożliwiający jej prawidłowe odszyfrowanie. Z oczywistych powodów nie może dojść do próby odszyfrowania oferty przed terminem otwarcia ofert. Odnosząc się do drugiego z ww. twierdzeń Odwołującego, wskazać należy, że w sytuacji gdy Zamawiający jednoznacznie podał do wiadomości wykonawców klucz publiczny do szyfrowania wniosków i klucz publiczny do szyfrowania ofert, każdy z wykonawców przy dołożeniu należytej staranności miał narzędzia i wiedzę pozwalającą prawidłowo złożyć ofertę. Brak takiej staranności nie może być usprawiedliwiany brakiem w systemie określonych funkcjonalności mogących zapobiegać

tego typu nieprawidłowościom, które by nie wystąpiły, gdyby wykonawca postąpił zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej.

15. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1451/20

Jakkolwiek słusznie twierdził Zamawiający, że instrukcje platformy zakupowej mają charakter uniwersalny, odnoszący się do ogółu użytkowników, to wskazać jednak należy, iż rolą Zamawiającego jest uszczegółowienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które postanowienia instrukcji platformy zakupowej nie znajdują zastosowania w danym postępowaniu. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców obowiązku zapoznania się i przestrzegania postanowień instrukcji platformy zakupowej i wyciągać negatywne konsekwencje wobec wykonawcy, który zastosował się do wymogów Zamawiającego (który odsyła do instrukcji platformy zakupowej), o ile Zamawiający nie zamieścił w SIWZ stosownych wyłączeń co do stosowania określonych zapisów instrukcji.

Po drugie Izba wskazuje, iż nie było sporne między stronami, że w RKRI określone zostały minimalne formaty danych służące do kompresji dokumentów elektronicznych, których katalog może zostać przez Zamawiającego rozszerzony w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Strony zgodne były również co do okoliczności, że na gruncie przepisów RKRI zamawiający musi zapewnić, że przyjęte zostaną oświadczenia woli złożone przez wykonawców w dowolnym z formatów wskazanych w ww.

rozporządzeniu. Powyższe potwierdza, w szczególności brzmienie § 18 ust. 2 RKRI oraz uzasadnienie do projektu rozporządzenia, z którego wynika, że „w rozporządzeniu zamieszczono wykaz plików, które muszą być przyjmowane przez podmiot publiczny”. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że okoliczność, iż w treści specyfikacji został przewidziany jedynie format archiwum .zip, nie wyłączała istniejącego po stronie Zamawiającego obowiązku zapewnienia narzędzi określonych w punkcie 4 załącznika nr 2 RKRI umożliwiających mu rozpakowanie pliku w jednym z formatów kompresji danych zawartych w tym załączniku. Kluczowe w niniejszej sprawie było jednak, czy użycie przez Odwołującego do kompresji oferty archiwum .rar było dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, skoro format .rar można odczytać (rozpakować) za pomocą narzędzia 7-Zip, przewidzianego w załączniku nr 2 RKRI. Okoliczność, iż program 7-Zip otwiera nie tylko archiwa w formacie 7z, ale także w wielu innych formatach, w tym .rar, wynika z przedłożonego przez Odwołującego wyciągu z e-podręcznika Ministerstwa Cyfryzacji. Dodać należy, iż Zamawiający nie twierdził, iż nie jest możliwe rozpakowanie pliku z archiwum .rar za pomocą narzędzia 7-Zip, a jedynie stał na stanowisku, że skoro oferta Odwołującego została skompresowana w innym formacie niż wymienione w RKRI, to powodowało to konieczność uznania, że oferta Odwołującego została złożona w sposób nieprawidłowy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp i aktów wykonawczych do niej. (...) Skoro zatem sam ustawodawca przewidział, że podmiot realizujący zadania publiczne

ma umożliwić przyjmowanie dokumentów elektronicznych w formatach danych określonych w załączniku nr 2, dopuszczając m.in. narzędzie 7-Zip, które zapewnia możliwość rozpakowania pliku w archiwum .rar (dopuszczonym zresztą w tym postępowaniu przez Zamawiającego na gruncie specyfikacji), a w konsekwencji zapoznania się z oświadczeniem woli wykonawcy, to nie sposób stwierdzić, że Odwołujący składając ofertę skompresowaną w ww. archiwum uchybił przepisom ustawy Pzp i aktów wykonawczy do niej i że jego oferta winna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą.

Art. 14

16. Wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 940/20

Izba wskazuje, iż – istotnie – zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią inaczej.

Jednakowoż w orzecznictwie sądów powszechnych podkreślane jest dość powszechnie, iż dyrektywy wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 § 1 K.c. mają zastosowanie tylko wówczas, gdy treść oświadczenia woli jest niejasna lub wieloznaczna. (zob. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r. sygn. I ACa 1640/14).

W rozpoznawanym przypadku nie można mówić o jakiegokolwiek niejasności w treści załącznika nr 8. Wykonawca nie podał bowiem informacji, które były wymagane przez zamawiającego. Wykładnia

treści załącznika nie może prowadzić do jego uzupełnienia o informacje, które się w nim nie znalazły.

17. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 978/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu Pzp – art. 14 Kc, który to przepis stanowi podstawę do stosowania odpowiednich przepisów Kc, w sytuacji braku odpowiednich regulacji Pzp. Sposób ustanawiania warunków udziału w postępowaniu określa przede wszystkim art. 22 ust. 1a i 1b Pzp, a zarzutu naruszenia tych przepisów Odwołujący nie podniósł. Odwołujący twierdził, że kwestionowana przez niego zmiana SIWZ jest niezgodna z art. 48 ooin (redakcja: ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742), w związku z art. 58 § 1 Kc, tj. przepisem Kodeksu cywilnego, który ustanawia sankcję nieważności dla czynności prawnej podjętej sprzecznie z ustawą albo w celu jej obejścia. Odwołujący nie wykazał, by na skutek dokonanej przez Zamawiającego zmiany do treści SIWZ doszło lub miało dojść do dokonania przez jakikolwiek podmiot czynności prawnej sprzecznej z ustawą albo zmierzającej do obejścia ustawy na obecnym etapie postępowania i w sposób związany z dokonaną przez Zamawiającego zmianą. Ewentualna nieważność czynności prawnej – umowy między Zamawiającym a wybranym w postępowaniu wykonawcą, to zdarzenie przyszłe i niepewne. Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane przez niego zmienione postanowienie SIWZ skutkowało nieważnością umowy na podstawie art. 58 § 1 Kc – Odwołujący ograniczył się do twierdzenia niepopartego żadnymi dowodami.

Odwołujący nie wykazał przy tym istnienia związku przyczynowo-skutkowego między dokonaną przez Zamawiającego zmianą SIWZ i wskazywanym przez Odwołującego skutkiem tej zmiany w postaci bezwzględnej nieważności umowy na realizację przedmiotu zamówienia. (...) Zawarcie umowy z wykonawcą, który niezależnie od faktycznych przyczyn, wbrew złożonym deklaracjom nie jest w stanie realizować umowy o zamówienie publiczne – co do zasady – nie wywołuje opisanego wyżej skutku w postaci bezwzględnej nieważności czynności prawnej.

Art. 22 ust. 1a

18. Wyrok z dnia 9 września 2020 r., sygn. akt KIO 1988/20, KIO 1990/20

Izba uwzględniła odwołania, bowiem Zamawiający wymaga doświadczenia, powodując zawężenie grona potencjalnych wykonawców, a określenie warunku udziału w postępowaniu nie zostało wyrażone jako minimalny poziom zdolności i stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, która jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień wyrażonych także w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, na co wskazuje już motyw pierwszy dyrektywy 2014/24/UE.

W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to w uproszczeniu założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: sprawdzenia zdolności

wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie np. jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, za pomocą których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

W art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wskazano sposób określenia proporcjonalności, tj. że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia, a warunek ma być tak postawiony, by umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub sposobem realizacji. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C:

2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Niemniej zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

19. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2005/20

Odnosząc się do kwestii wykazania warunku doświadczenia łącznie przez przystępującego i spółkę XXX, tj. wykazania po jednej robocie przez każdego z nich, abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podzielić stanowisko odwołującego, że co do zasady, jeśli zamawiający wymaga wykazania w ramach doświadczenia określonej ilości jednego rodzaju robót, dostaw czy usług, to dla ustalenia zdolności do należytej realizacji zamówienia, jeden

wykonawca (w tym także jeden członek konsorcjum czy jeden podmiot użyczający zasobów) powinien wykazać to doświadczenie w całości. Innymi słowy: jeśli w danym postępowaniu zamawiający wymaga wykazania np. dwóch usług, to albo samodzielnie występujący wykonawca, albo jeden z konsorcjantów, albo jeden podmiot trzeci, powinien wykazać doświadczenie w wykonaniu obu tych usług. Doświadczenie w wykonaniu pojedynczych przedsięwzięć przez dwa różne podmioty nie jest bowiem tym samym, co doświadczenie jednego podmiotu w wykonaniu większej ilości tych przedsięwzięć. Powtarzalność wykonania określonej usługi, roboty czy dostawy powoduje bowiem, że posiadane doświadczenie jest większe. Skoro zatem zamawiający wymaga w treści warunku wykazania takiej powtarzalności, to co do zasady jeden podmiot (samodzielnie występujący wykonawca albo jeden z konsorcjantów, albo jeden podmiot trzeci) powinien ją wykazać w swoim doświadczeniu w całości, aby udowodnić zdolność do należytej realizacji zamówienia. Przy czym ustalenia zamawiającego w tym zakresie powinny być dokonywane w siwz z uwzględnieniem charakteru zamówienia oraz w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1a i art. 23 ust. 5 ustawy Pzp).

Wracając do stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy jednak zauważyć, że na etapie oceny spełniania warunków zamawiający nie może dokonać zmiany siwz. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt 5.7.1. wyraźnie wskazał, że warunki udziału muszą być spełnione przez wykonawców łącznie. Tym samym

zamawiający dopuścił, aby także warunek doświadczenia wykonawcy wykazali łącznie, czyli w tym wypadku: po jednej wykonanej robocie w zakresie systemu monitoringu. Odwołujący nie zakwestionował tego postanowienia, wnosząc we właściwym czasie odwołanie na treść siwz, zatem na obecnym etapie musi być ono respektowane. Oznacza to, że nie ma podstaw do uznania, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku, skoro spełnił go łącznie ze spółką XXX.

Art. 22 ust. 2

20. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1398/20

W odniesieniu do warunku, który wprowadza tzw. zamówienie zastrzeżone, możliwość jego weryfikacji z punktu widzenia kryterium proporcjonalności jest istotna z tego powodu, że jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Izby, art. 22 ust. 2 pzp należy interpretować w ten sposób, że ogranicza on dostępność zamówienia do wykonawców prowadzących tzw. przedsiębiorstwo społeczne, czyli takie, którego głównym, (a nie ubocznym czy *ad hoc* przyjętym na potrzeby danego zamówienia) celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Innymi słowy chodzi o wykonawcę, który zatrudniania takie osoby społecznie marginalizowane dla ich integracji, a nie w celu uzyskania zamówienia (zob. uzasadnienie wyroku z dnia 1 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 86/17). Przede wszystkim cel tych przepisów (art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 4 pzp), jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nie może zostać osiągnięty kosztem

naruszenia zasady proporcjonalności. W znaczeniu prawnym zasadę proporcjonalności można w uproszczeniu sprowadzić do dyrektywy, zgodnie z którą zamawiający w prowadzonym postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu (w przypadku warunków udziału jest nim sprawdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia), a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, czyli nie tylko najlepsze i najwłaściwsze, ale i w najmniejszym stopniu ograniczające interesy i prawa wykonawców. Sposób opisu kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 pzp wskazuje, że mają się one odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. W konsekwencji wymogu tego nie można traktować jedynie jako formalnego narzędzie do ograniczania konkurencji przez uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż wprost narusza to nadrzędną w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu zasadę proporcjonalności, o której mowa zarówno w art. 7 ust. 1 pzp, jak i dodatkowo w art. 22 ust. 1a pzp w odniesieniu do relacji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia (takie zajął również stanowisko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach wyniku kontroli, która zakończyła się uchwałą Izby z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17). (...) W szczególności obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że ustanowione przez niego warunki, po pierwsze – są przydatne do osiągnięcia postawionego przez niego celu (integracja społeczna i zawodowa osób

marginalizowanych społecznie). Po drugie – nie wywołają skutku w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia funkcjonujących na rynku wykonawców zdolnych do jego realizacji, czyli że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności.

Art. 22a ust. 1 i 2

21. Wyrok z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 975/20

Jak wynika z brzmienia zacytowanego powyższej przepisu (redakcja: art. 22a ust. 2) jedną z możliwości udowodnienia przez wykonawcę, w przypadku gdy polega na zdolnościach innych podmiotów, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami, jest przedstawienie zobowiązań tych podmiotów. Oczywistym przy tym jest, że jeżeli wykonawca jako dowody składa zobowiązania innych niż on sam podmiotów, to oświadczenia własne wykonawcy nie mogą zobowiązań tych zastępować – składanie samych zobowiązań byłoby wówczas zbędne. Uwzględniając powyższe oraz to, że – jak wskazywał odwołujący na rozprawie – udział wskazanych w Formularzu ofertowym podmiotów miałby polegać na oddelegowaniu pracowników do realizacji zamówienia w celu udzielania konsultacji czy doradztwa, stwierdzić należy, że z treści żadnego z trzech zobowiązań podmiotów trzecich nie można takiego zobowiązania do oddelegowania pracowników wyczytać, wobec czego uznać należy, że nie zostały one przez te podmioty podjęte. Uwzględniając w dalszej kolejności ów brak oraz nałożony

na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, na których to zasobach polega, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie sprostął ciężącemu nań obowiązkowi, co przesądza o uznaniu, że nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

22. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie zachodzi „stosowna sytuacja”, o której mowa w przepisach Pzp, która uprawnia do uznania, że udostępnienie przez podmiot trzeci XXX zasobu w postaci doświadczenia ma charakter realny. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez XXX, których Odwołujący nie kwestionował, pan XXX jest właścicielem firmy XXX oraz Prezesem Zarządu XXX, gdzie jest zatrudniony na stanowisku inżyniera budowy. Trudno zatem o bardziej ściśle powiązania między spółkami.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że nośnikiem zasobu wiedzy i doświadczenia są ludzie/pracownicy. Pan XXX wykonując zamówienie pn. modernizacja mostu na rzece XXX dla XXX, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, nabył doświadczenie polegające na remoncie mostu o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto, spełniającej wymaganie Zamawiającego określone w rozdz. 6 pkt 2 ppkt 3 SIWZ. Nabyte w wyniku realizacji tego zamówienia doświadczenie pan XXX udostępnił XXX, którego jest Prezesem Zarządu i pracownikiem zatrudnionym na stanowisku

inżyniera budowy. Możliwość skorzystania z zasobu doświadczenia pana XXX, który będzie brał bezpośredni udział w realizacji tego zamówienia jako inżynier budowy i będzie nadzorował prace z ramienia kierownika budowy nie budzi żadnych wątpliwości. Przekazanie potencjału ma w tym przypadku charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Pan XXX będzie pełnił rolę inżyniera budowy bezpośrednio jako pracownik XXX, a zakres zadań spoczywających na inżynierze budowy jest szeroki i obejmuje nie tylko organizację budowy, nadzór, ale także jej faktyczną ich realizację. Okoliczność, że firma XXX nie będzie występowała w charakterze podwykonawcy tego zamówienia, nie zmienia oceny dokonanej przez Izbę, skoro pan XXX jest bezpośrednio pracownikiem XXX a nie jego podwykonawcą.

Art. 22a ust. 4

23. Wyrok z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20

Odwołująca przedstawiła dokument – zobowiązanie podmiotu do oddania jej do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Udostępnione zasoby dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej ustalonego warunku udziału. Odwołująca w tym elemencie oferty złożyła obszernie dodatkowe wyjaśnienia, jasno precyzując na jakiej zasadzie odbywała się będzie współpraca między poszczególnymi podmiotami, wskazano na fakt zawarcia umowy

o współpracę, której odpis dołączono do wyjaśnień. Podkreślono, że umowa zawarta będzie na czas realizacji przedmiotu zamówienia, gwarantuje ona możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego oraz doświadczenia osobistego XXX. Co więcej, bardzo precyzyjnie określono jakiego rodzaju prace, w jakim charakterze, z jaką częstotliwością będzie w ramach umowy o współpracę wykonywał podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający nie podważał, iż podmiot ten nie posiada wystarczającej wiedzy czy nie ma wymaganego doświadczenia, by określone czynności wykonywać.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, co słusznie podkreślono w odwołaniu, iż dopuszczalne jest korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, niezależnie od tego, w jakim charakterze ów podmiot uczestniczył będzie w realizacji zamówienia. Nie ma również bezwzględnego obowiązku, by podmiot taki pełnił rolę podwykonawcy, co nie oznacza, iż taka sytuacja wyłącza osobisty udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy podmiot trzeci, niebędący podwykonawcą, może jednocześnie osobiście świadczyć określony zakres usług, to świadczenie może przyjąć różne formy, ważne jest natomiast faktyczne realizowanie danego zakresu przez ten podmiot. Jak wynika ze złożonego przez Odwołującą zobowiązania i dodatkowych wyjaśnień, podmiot trzeci, dysponujący wiedzą i doświadczeniem oraz pozostałymi zasobami, będzie sprawował funkcję kierowniczą, nadzorczą, będzie planował niezbędne działania, układał przebieg tras transportowych, będzie rozdzielał zadania pracownikom i nadzorował ich pracę, będzie

dokonywał odbioru prac i wykonywał pracę w terenie, czyli będzie osobiście brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia. (...) Jak już zaznaczono, zobowiązanie i złożone do niego wyjaśnienia określiły zakres obowiązków, które osobiście wykonywał będzie podmiot trzeci, są to obowiązki związane z realizacją przedmiotu zamówienia, odnoszą się do nadzorowania pracy pracowników (w tym pracowników własnych), merytorycznego planowania sposobu wykonywania określonych zadań składających się na opis przedmiotu zamówienia, odnoszą się również do pracy w terenie i określają procentowo miesięczny poziom zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia. Nieuprawnione są zatem w ocenie Izby dywagacje, że jakieś czynności nie będą wykonywane osobiście, zwłaszcza, że takich zastrzeżeń (katalogu czynności) SIWZ nie zawierał. Zamawiający nie wskazywał natomiast na pozorność (brak realności) udostępnionego zasobu czy też na brak określenia konkretnej więzi łączącej Odwołującą i podmiot trzeci.

Izba podziela stanowisko wynikające z doktryny i orzecznictwa, że „do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wystarczy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonuje zamówienie, a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby” (tak wyrok KIO z 17 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2480/18), tym niemniej ze zobowiązania Odwołującej, złożonych wyjaśnień oraz przedstawionej umowy o współpracę wynika, że udział

podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, będzie daleko dalej idący niż konsultacje czy doradztwo.

W ocenie składu orzekającego Izby pełnienie określonych i opisanych w zobowiązaniu funkcji przez podmiot trzeci wpisuje się w przesłankę osobistego wykonywania części zamówienia, zatem udział ten będzie miał charakter realny. Nie można zawężyć obowiązku faktycznego zrealizowania części zamówienia jedynie do umowy podwykonawczej, uregulowania ustawy Pzp nie wskazują na konkretny stosunek prawny czy też formę koniecznego udziału w realizacji umowy, nie przesądzając, że ma to być wyłącznie podwykonawstwo. Każdy przypadek należy analizować ad casum, kiedy realność udostępnienia wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego, należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, w tym uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, jak będzie to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

24. Wyrok z dnia 6 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1506/20

Określony w treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymóg zrealizowania zamówienia w takiej części, z jaką wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). W konsekwencji, aby uznać, że udostępnienie zasobów przez firmę XXX odpowiada wymaganiom wynikającym z ww. przepisu, firma ta powinna aktywnie uczestniczyć

w realizacji całego zakresu zamówienia, a nie tylko wybranych jego elementów, skoro to do całego zakresu zamówienia odnosił się warunek udziału w postępowaniu (a okoliczności przeciwnej Odwołujący nie próbował wykazać). Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony.

25. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2107/20

Rozważając okoliczności niniejszej sprawy przede wszystkim należy podkreślić, że zamawiający opisują warunki udziału w postępowaniu nie po to, by dochować jakichkolwiek wymogów formalnych (ustawa Pzp nie zawiera obowiązku opisywania warunków, a jedynie zasady ich opisywania, jeśli zamawiający zdecyduje się na opis), ale po to,

by wybrać jako najkorzystniejszą ofertę takiego wykonawcy, który jako spełniający te warunki, będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia. Dlatego też m.in. warunki każdorazowo muszą być dostosowane do rodzaju, zakresu, wartości czy stopnia skomplikowania danego zamówienia, aby za ich pomocą zamawiający mógł wybrać ofertę tego wykonawcy, który rzeczywiście jest w stanie wykonać dane konkretne zamówienie. Ustawodawca dopuścił jednocześnie, aby wykonawca składający ofertę wykazał spełnienie warunków, powołując się na zasoby podmiotów trzecich. Aby zachować przy tym cel opisywania warunków, tj. realizację zamówienia przez takie podmioty, które dzięki ich spełnieniu zapewniają właściwe wykonanie zamówienia, w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wyraźnie, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy: jeżeli to podmiot trzeci spełnia warunek np. doświadczenia, to ten podmiot trzeci ma realizować zamówienie w tym zakresie, w którym do należytego wykonania niezbędne jest doświadczenie opisane w warunku. Z całokształtu przepisów ustawy Pzp można więc wywieść generalną zasadę, zgodnie z którą: ten wykonawca czy podmiot trzeci realizuje w rzeczywistości zamówienie, który spełnił wymagane warunki. Obowiązkiem zamawiającego jest zaś badanie zarówno w toku postępowania, jak i w trakcie realizacji zamówienia, czy zasada ta jest respektowana.

Rzetelne badanie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich oraz egzekwowanie realizacji zamówienia w danym zakresie przez te podmioty (z uwzględnieniem także art. 36b ust. 2 ustawy Pzp) jest niezbędne do tego, aby opisywanie warunków, o których mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i korzystanie z cudzych zasobów było w ogóle celowe.

Art. 22a ust. 6

26. Wyrok z dnia 29 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1434/20

Art. 22a ust. 6 nie stanowi przy tym odrębnej, wobec przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Zastosowanie tego przepisu nie może więc naruszać zasady jednokrotnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 25 maja 2020 r., skonsumował wynikające z przytoczonego wyżej art. 22a ust. 6 Pzp i podjął próbę samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazać jednak należy, że art. 22a ust. 6 Pzp nie może być traktowany jako podstawa prawna do przywrócenia terminu do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który zdecydował się w oparciu o ww. przepis na samodzielne wykazanie dysponowania m.in. zdolnościami technicznymi lub zawodowymi ma obowiązek wykazać spełnianie

warunków udziału w postępowaniu nie na dzień uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a na dzień składania ofert.

Art. 22d ust. 1

27. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 448/20

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Przystępujący nie mógł powołać się na zdolności XXX w realizacji inwestycji własnej. Ustawa Pzp nie zawiera ograniczeń co do możliwości posłużenia się na potrzeby wykazania zdolności technicznej lub zawodowej doświadczeniem w realizacji zadania na własną rzecz, dając jedynie możliwość zamawiającym ustalenia minimalnych warunków dotyczących zdolności wykonawcy, tak aby gwarantował on należyłą realizację zamówienia. Zgodnie z art. 22d ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W przedmiotowym przypadku, w treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ, Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych wymogów co do tego, na czyją rzecz miałyby zostać wykonane roboty budowlane obejmujące swym zakresem budowę serwerowni, w tym nie wprowadził także rozróżnienia na inwestycje publiczne czy prywatne. Przystępujący był zobowiązany do wykazania

się realizacją robót budowlanych, w ramach których wykonane zostały konkretne prace (budowa serwerowni o ściśle określonych parametrach) i brak jest podstaw do kwestionowania, że roboty budowlane wykonane na własną rzecz w tym zakresie się nie mieszczą. (...) Ponadto stanowisko Odwołującego, jakoby powołanie się na własną robotę budowlaną miało być dyskwalifikowane już przez sam fakt braku elementów oceny i odbioru przez niezależny podmiot, nie znajduje oparcia na gruncie obowiązujących przepisów. Przepisy ustawy Pzp ani rozporządzenia wykonawczego (rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r., Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) nie ustanawiają nakazu potwierdzenia należytego wykonania przez niezależny podmiot trzeci. (...) Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami

prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty. Z okoliczności, że co do zasady w większości postępowań o udzielenie zamówienia poświadczeniem należytego wykonania zamówienia są referencje wystawiane przez niezależny podmiot trzeci będący odbiorcą robót budowlanych, nie można wywodzić wniosku, że tylko w sytuacji odbioru robót budowlanych przez zewnętrzny podmiot wykonawca może powołać się na doświadczenie w wykonaniu tych robót. W przepisie tym w sposób jednoznaczny wskazano także na możliwość posłużenia się innymi niż referencje dokumentami wystawionymi przez podmiot na rzecz, którego zrealizowano usługi (np. protokołami odbioru), ale i w uzasadnionych przypadkach o obiektywnym charakterze, kiedy dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci nie da się pozyskać, ustawodawca zagwarantował wykonawcom możliwość posłużenia się również innymi dokumentami, w ramach których mieści się m.in. oświadczenie własne wykonawcy.

Art. 22d ust. 2**28. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2038/20**

Tym samym Izba dokonała analizy, biorąc pod uwagę oświadczenia zamawiającego i przystępującego, jak też materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jaki był faktyczny udział wykonawcy XXX w realizacji zadania, na doświadczenie w wykonaniu którego ten się powoływał. Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu przedmiotowych prac był realny i faktyczny. Niespornym w niniejszej sprawie jest, że inwestycja początkowo była zrealizowana przez konsorcjum firm: przystępującego, który był liderem konsorcjum XXX. Ponadto, co wynika z dowodów w postaci: aneksu nr 1 do umowy o roboty budowlane z 8 maja 2020 r., oświadczenia XXX z 3 marca 2020 r., oświadczenia YYY z 25 lutego 2020 r. (w załączeniu do przystąpienia), ostatni z wymienionych członków konsorcjum zaprzestał wykonywania prac związanych z realizacją umowy w lutym 2020 r. Tym samym prace budowlane zakończone zostały w składzie dwóch pozostałych konsorcjantów. Okoliczność tę dodatkowo potwierdził również zamawiający, który pełnił funkcję inwestora zastępczego w trakcie prac budowlanych, które realizował XXX w ramach konsorcjum (dowód zamawiającego: umowa i pełnienie funkcji inwestora zastępczego z 4 października 2017 r.). Z faktu, że zamawiający pełnił funkcję inwestora

zastępczego dla inwestycji wynika również, że posiadał on pełną wiedzę nie tylko co do składu konsorcjum realizującego roboty budowlane, ale również zakresu prac, jakie były wykonywane przez poszczególnych jego członków. Obecny na rozprawie pełnomocnik zamawiającego był jednocześnie kierownikiem projektu, a tym samym posiadał szeroką wiedzę, co do zakresu prac wykonywanych przez przystępującego oraz roli jaką ten pełnił przy dokończeniu tej inwestycji. Na rozprawie wyjaśnił on, że firma XXX, w ramach konsorcjum, wykonywała około 80% wszystkich prac, przy czym rola przystępującego była wiodąca. Był on prawnym i faktycznym liderem konsorcjum. Po jego stronie leżało finansowanie całości inwestycji, z drugiej zaś strony to on był odpowiedzialny za przedkładanie protokołów z miesięcznym przerobem do raportów i wystawianie faktur. Umowy z podwykonawcami zawierane były również przez XXX (co potwierdza również dowód złożony przez przystępującego na rozprawie w postaci umowy zawartej z podwykonawcą na wykonanie robót murarskich i fundamentowych z 27 maja 2019 r.). Zamawiający opisał również rolę pozostałych konsorcjantów, która w przypadku firm YYY i ZZZ (który w trakcie zrezygnował z udziału w konsorcjum) polegała na zapewnieniu wkładu osobowego w postaci około 6–7 osób (każdy z nich) oraz sprzętu. Wkład ten zamawiający ocenił na około 20%. Wyjaśnienia zamawiającego były spójne ze stanowiskiem XXX, który podkreślił, że brał udział w wykonywaniu pełnego zakresu prac, składających się na cały proces budowlany.

Art. 23 ust. 5**29. Wyrok z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1510/20**

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla którego w ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku. Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie Provincia di Fermo (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów, zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać, aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia. Sam Trybunał Sprawiedliwości UE

podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia Esaprojet „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”. (...) Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum,

faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

30. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 2214/20

Izba uznała, iż dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 Ustawy nie jest wymagane wykazanie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi oddzielną podstawę do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy). Jednocześnie art. 22d ust. 2 Ustawy pozwala szerzej spojrzeć na wykazany potencjał wykonawcy, co jednak nie oznacza całkowitej dowolności w badaniu wymaganych zdolności. (...) Art. 22d ust. 2 Ustawy ma na celu zweryfikowanie faktycznych zdolności, jakich zamawiający wymaga, co należy odnosić do warunków udziału w postępowaniu. Na taki sam wniosek pozwala analiza wskazanego powyżej orzeczenia, w którym Izba wskazała na ten sam potencjał wykonawcy, co zaangażowany przy innej umowie. Aby takie porównanie było możliwe do przeprowadzenia, potencjał ten musi zostać najpierw przez zamawiającego określony jako wymagany dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Przyjęcie,

iż przepis ten pozwala na badanie „ogólnej” zdolności wykonawcy prowadziłyby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a zamawiającym pozostawiałyby duże pole do nadużyć, chociażby przez próbę wprowadzenia wymagań, których na etapie ogłoszenia o postępowaniu nie sprecyzował. Nie można przyjąć interpretacji, która prowadziłyby do wypaczenia generalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji gdy zamawiający nie wymagał konkretnych zasobów, np. parku maszynowego do wyrobienia mas bitumicznych, bez znaczenia pozostaje analiza zasobów sprzętowych wykonawcy zaangażowanych na potrzeby innego zamówienia. Dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 koniecznym jest zatem ustalenie, czy zdolności techniczne badane w kontekście zaangażowania na innym kontrakcie stanowią jednocześnie wymagany w postępowaniu potencjał pozwalający ocenić zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 12

31. Wyrok z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 444/20, KIO 708/20

Należy również wskazać, iż na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający wymagał konkretnego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych z branży torowej, przy czym nie jakichkolwiek, lecz wykonywanych w ściśle określonym zakresie. Co istotne warunek dotyczył wykonania robót, czyli rzeczywistego działania w związku z faktycznym zaangażowaniem w realizację prac budowlanych,

a nie prac polegających na koordynowaniu procesu inwestycyjnego, administracyjnego czy dostarczaniu sprzętu, zapewnieniu personelu nadzorującego, dokonywaniu odbiorów, rozliczeń etc. W związku z powyższym nie sposób uznać, że jakiegokolwiek zaangażowanie wykonawcy w realizację zamówienia (niezależnie od zakresu faktycznie wykonanych prac) pozwala na posługiwanie się doświadczeniem całej grupy wykonawców. Być może taka interpretacja byłaby możliwa w przypadku, gdyby zamawiający sformułował treść warunku udziału w postępowaniu w sposób, który odnosiłby się szeroko do „realizacji inwestycji” kolejowej i nie precyzowałby konkretnych zakresów robót, które wykonawca musiał wykonać. Jednak taki warunek nie został postawiony w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie oczekiwał wykonawcy, który posiada doświadczenie w prowadzeniu narad, uzyskiwaniu pozwoleń na budowę czy doświadczenia przy zakupie materiałów, lecz wymagał konkretnego doświadczenia w wykonaniu robót w ściśle określonym zakresie prac. Rację również należy przyznać Zamawiającemu, że gdyby uznać, że doświadczenie wykonawcy może być zdobyte jedynie poprzez fakt wymiany doświadczeń, prowadzenie rozmów z kontrahentami, obserwowanie działań innych podmiotów to w istocie skutkowałoby to uznaniem, iż wykonawca, który przez cały okres działalności jedynie bacznie „przysłuchiwał się” i „obserwował” realizowane inwestycje (brał bierny udział w procesie budowlanym), nabył szerokie doświadczenie w realizacji skomplikowanych kontraktów budowlanych. Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nieuczestniczący w faktycznym wykonywaniu robót budowlanych, pomimo zdobytej wiedzy o charakterze teoretycznym,

nie jest w stanie sprostać wyzwaniom związanym z podjęciem rzeczywistej realizacji prac budowlanych o skali przedsięwzięcia, charakterze i wartości zamówienia przewidzianej dla zamówienia.

32. Wyrok z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 809/20

(...) Izba stoi na stanowisku, iż aby wykonawca mógł się legitymować stosownym doświadczeniem w realizacji zamówienia, na które się powołuje, winien w sposób jednoznaczny wykazać, że takie zamówienie lub jego część faktycznie realizował. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca (XXX) startując w innym postępowaniu, w wykazie osób, które będzie kierował do realizacji zamówienia (dla określonych branż) podał konkretne osoby i jako sposób ich dysponowania wskazał – zasób własny. Co istotne na podstawie takiego oświadczenia zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, próbuje wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o okoliczności, które jak wynika ze złożonych przez zamawiającego dokumentów nie było. Nie można zgodzić się z odwołującym, iż sam fakt wykonywania przez niego usługi na rzecz podmiotu innego niż Inwestor udowadniał okoliczność, że usługa realizowana była przez odwołującego w ramach podwykonawstwa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie postępowanie odwoławcze, jest postępowaniem sformalizowanym, dlatego też to odwołującym spoczywa obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi określone

skutki prawne oraz przestawienie dowodów na powoływane okoliczności (postępowanie dowodowe). Zaniechanie odwołującego, polegające na braku zabezpieczenia określonych środków dowodowych w celu ewentualnego późniejszego wykazania, w jaki sposób odwołujący realizował określone zamówienie i na czym rzecz i w jakiej formie ta współpraca się odbywała obciąża odwołującego. Sam fakt złożenia oświadczeń przez osoby współpracujące z odwołującym czy też okoliczność wystawienia przez te osoby faktur dla odwołującego i ich zapłaty przez odwołującego, nie potwierdzają jeszcze okoliczności, które próbował wywodzić odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie.

33. Wyrok z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20

Odwołująca przedstawiła dokument polisy, umowa o objęcie ochroną ubezpieczeniową zawarta została przed terminem składania ofert, obejmowała ona okres od 17 marca 2020 roku do 16 marca 2020 roku. Są to elementy umowne wprost wynikające z treści złożonego dokumentu.

Należy zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy – wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia, na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści (lub dokument o innej nazwie, lecz tym samym

charakterze). Bez owej umowy (polisy) ubezpieczenie nie istnieje albo nie istnieje na danych warunkach. Taki dokument został Zamawiającemu przedstawiony, obejmował on okres ubezpieczenia z rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej przed terminem składania ofert, to jest od dnia 17 marca 2020 roku.

Zgodnie z uregulowaniami kodeksu cywilnego, w szczególności art. 814 § 1, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Z art. 814 § 2 kc wynika, że jeżeli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność.

W braku wypowiedzenia umowy wygasa ona z końcem okresu, za który przypadła niezapłacona składka.

§ 3 stanowi, że w razie opłacania składki w ratach niezapłacenie w terminie kolejnej raty składki może powodować ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, tylko wtedy, gdy skutek taki przewidywała umowa lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności.

Ponadto, zgodnie z art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona

jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeżeli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia – w ciągu czternastu dni od jego doręczenia.

Z przedłożonego przez Odwołującą dokumentu wynika niezbicie, że Strony umowy ubezpieczenia umówiły się odmiennie od zasady ogólnej, że okres ubezpieczenia rozpoczyna się z dniem zawarcia umowy od 17 marca 2020 roku, natomiast składka płatna będzie do dnia 30 marca 2020 roku. Oznacza to, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert Odwołująca była objęta wymaganym ubezpieczeniem i dysponowała dokumentem potwierdzającym ten fakt (polisą).

Co więcej Odwołująca przedstawiła w wyniku nadmiernego i nieprawidłowo skierowanego przez Zamawiającego wezwania, dowód opłacenia składki w terminie umownym, w dniu 25 marca 2020 roku, więc zobowiązanie ubezpieczyciela pozostawało aktualne, również w terminie składania ofert. Okoliczność, że opłacenie składki nastąpiło po wyznaczonym terminie składania ofert jest irrelevantna dla przedmiotu sporu. Odwołująca udowodniła bowiem niezbicie, iż w terminie składania ofert posiadała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą warunkiem sumę gwarancyjną. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują z postanowieniami SIWZ oraz rozporządzenia o dokumentach, dopuszczającymi wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia. Stwierdzić zatem

należy, że w omawianym przypadku Odwołująca na dzień składania ofert nie dysponowała opłaconą polisą. Niemniej jednak dysponowała innym dokumentem potwierdzającym fakt posiadania ubezpieczenia w wymaganym zakresie. (...) W Kodeksie cywilnym ustawodawca nadał zapłacie składki jednorazowej (lub jej pierwszej raty), jak również zapłacie pierwszej składki bieżącej wyjątkową wagę. Niewypełnienie przez ubezpieczającego obowiązku zapłaty wymienionych należności wywołuje bowiem skutki szczególne w postaci wstrzymania początkowego terminu świadczenia przez ubezpieczyciela ochrony ubezpieczeniowej, możliwości wypowiedzenia przez ubezpieczyciela umowy ze skutkiem natychmiastowym albo rozwiązania umowy z mocy samego prawa z końcem okresu, na który przypadadała niezapłacona składka.

Artykuł 814 § 1 KC wskazuje, że w braku przeciwnego porozumienia stron umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki. Chodzi tu o zapłatę składki w pełnej wysokości w przypadku składki jednorazowej, zapłatę pierwszej raty składki w przypadku składki jednorazowej płatnej w ratach lub też – w przypadku składki bieżącej – o zapłatę pierwszej składki.

Jeśli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki (lub jej pierwszej raty), a składka ubezpieczeniowa (lub jej pierwsza rata) nie została zapłacona w terminie, wówczas ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez

który ponosił odpowiedzialność (art. 814 § 2 KC). Jeśli jednak ubezpieczyciel umowy nie wypowiedział, wygasa ona z końcem okresu, na który przypadła niezapłacona składka (art. 814 § 2 *in fine* KC). Umowa ubezpieczenia rozwiązuje się w takich przypadkach wraz z upływem całego okresu trwania umowy ubezpieczenia (w przypadku umówienia składki jednorazowej) bądź z upływem okresu, na który przypadła składka bieżąca. Ubezpieczyciel w każdym razie zachowuje roszczenie o zapłatę składki ubezpieczeniowej za okres, przez który ponosił odpowiedzialność (art. 814 § 2, art. 813 § 1 KC).

Jeżeli składka jednorazowa została rozłożona na raty, ubezpieczyciel nie może zaniechać świadczenia ochrony ubezpieczeniowej ze względu na opóźnienie w płatności kolejnej raty składki.

Z mocy art. 814 § 3 KC ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela może nastąpić w takim przypadku tylko wówczas, gdy tego rodzaju skutek przewidywała umowa ubezpieczenia lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności – zgodnie z Prawo zobowiązań – część szczegółowa, tom 8, red. prof. dr hab. Janina Panowicz-Lipska, wydanie 2011 r.

W ocenie składu orzekającego Izby w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej nieuprawniona była ocena Zamawiającego, że XXX potwierdził i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W związku ze złożeniem polisy o określonej treści i wykazaniem faktu opłacenia składki 10 miesięcy po terminie wyznaczonym treścią polisy, nieznaną stanowiska ubezpieczyciela, Zamawiający nie mógł podjąć decyzji, że otrzymane dokumenty są prawidłowe i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby potwierdza tylko dokument załączony do odwołania – Ogólne warunki Ubezpieczenia towarzystwa ubezpieczeniowego, z którego bezspornie wynika, że w razie opłacania składki w ratach, niezapłacenie w terminie kolejnej składki powoduje ustanie odpowiedzialności towarzystwa po upływie 7 dni od daty otrzymania przez ubezpieczonego pisemnego wezwania do zapłaty raty składki wraz z informacją o skutkach jej niezapłacenia, jeśli rata nie zostanie zapłacona w terminie określonym w wezwaniu. Przed terminem składania ofert Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie, czy polisa przedstawiona przez XXX obowiązywała. Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie i stanowisko towarzystwa ubezpieczeniowego nie było wówczas Zamawiającemu znane, nie mógł więc na jego podstawie podjąć decyzji o uznaniu oferty XXX za najkorzystniejszą. Odnośnie do kolejnej polisy złożonej przez XXX, to zawarta została ona po terminie składania ofert, nie mogła zatem na dzień składania ofert potwierdzać warunku udziału przez danego wykonawcę.

34. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 787/20

Bez znaczenia z punktu widzenia spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu pozostawała okoliczność, że wydzielone

i odebrane przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski roboty budowlane stanowiły element większej i niezakończonych jeszcze inwestycji pn. „Modernizacja dawnego kościoła NMP – obecnie siedziby Sztuki Galeria EL w XXX”. Skoro zakres robót, na który powołał się przystępujący, został wyodrębniony, wykonany i odebrany przez generalnego wykonawcę, inwestora i konserwatora zabytków oraz wpisywał się treść warunku udziału w postępowaniu, to brak było podstaw do jego kwestionowania.

Potwierdzeniem prawdziwości zaświadczenia złożonego przez przystępującego okazały się dodatkowe dokumenty złożone przez przystępującego przy piśmie procesowym z 18 czerwca 2020 r. Przystępujący złożył protokół odbioru etapowego prac budowlano-konserwatorskich z dnia 31 stycznia 2020 r., podpisany przez generalnego wykonawcę, inwestora, a także pracownika Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków. Z dokumentu tego wynikało, że wykonane prace stanowiły 100 % etapu powierzonego przystępującemu jako podwykonawcy.

Potwierdzeniem prawdziwości zaświadczenia złożonego przez przystępującego zamawiającego okazało się także zaświadczenie wystawione przez samego inwestora w dniu 17 czerwca 2020 r. (załącznik do pisma procesowego przystępującego z 18 czerwca 2020 r.). Z zaświadczenia tego również wynikało, że przystępujący wykonał wydzielony zakres przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlano-konserwatorskich przy ścianach ceglanych. Ponadto z dokumentu również wynikało, że prace zostały odebrane zarówno przez samego inwestora, jak i nadzór konserwatorski. Zgadza się także

wartość robót odebranych do 31.01.2020 r. na kwotę 1.141.540 zł brutto. Potwierdzeniem uznania robót za należycie wykonane robót są także faktury wystawione przez przystępującego generalnemu wykonawcy oraz towarzyszące im dowody ich opłacenia przez XXX.

Z powyższym dowodów wynikało zatem jednoznacznie, że część zadania inwestycyjnego odpowiadająca treści warunku niewątpliwie została zatem wyodrębniona, a następnie wykonana należycie przez przystępującego, prawidłowo ukończona, odebrana przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski, a należności z tytułu wykonania robót zostały zapłacone. Bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje fakt, że na inwestycji toczą się dalsze prace, których zakres przekracza wymogi określone w warunku. To, że na zadaniu dalsze prace się toczą, nie było sporne między stronami. Wynika to także z dowodów złożonych przez odwołującego, m.in. fotografii, wzoru umowy dla inwestycji, projektu wykonawczego, obmiaru, załączonych do odwołania. Z dowodów tych można było wywnioskować, że całość inwestycji zostanie ukończona dopiero w terminie do 30 września 2020 r. Jednakże nie świadczy to o zasadności zarzutu. Dostrzeżenia wymaga, że wykonawca nie powołał się na doświadczenie, którego na moment ofertowania jeszcze nie zdobył, ale wyłącznie na doświadczenie zdobyte w wykonaniu wydzielonego, odebranego i ukończonego już etapu robót.

35. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 858/20

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący błędnie wywodzi, że zakres ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej winien być *de facto* tożsamy z przedmiotem zamówienia, a przynajmniej zgodny z zakresem zamówienia obejmującym roboty budowlane. Powyższe założenie jest błędne, ponieważ taka interpretacja nie wynika z treści s.i.w.z. i nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Należy podkreślić, że § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), stanowi podstawę sformułowanego przez zamawiającego żądania w s.i.w.z. w tym przedmiocie, które odnosi się do działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem przedstawianym w doktrynie i orzecznictwie, zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamy (identyczny, niczym się nie różniący, taki sam) z przedmiotem zamówienia. Należy również zwrócić uwagę na istotny aspekt związany z tą kwestią, a mianowicie fakt, iż przystępujący jest wykonawcą, który efekt gospodarczy osiąga przez sprzedaż maszyn i urządzeń medycznych. Trudno zatem wymagać, aby zakres polisy ubezpieczeniowej obejmował również te roboty, które *de facto* przez tego wykonawcę nie są świadczone (w tym postępowaniu roboty budowlane zostały przewidziane przez przystępującego w ramach podwykonawstwa przez podmiot

użyczający swoje zasoby przystępującemu). Skoro zatem zamawiający, w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawił szczegółowych wymagań odnośnie podwykonawców, to nie można następnie konsekwencjami obciążać wykonawcy. Istotnym również, z punktu widzenia oceny złożonej polisy, jest okoliczność, iż ponad 50% (dokładnie 51%) wartości ceny ofertowej to dostawa, montaż wyposażenia technologicznego, rozruch i szkolenia, czyli przedmiotu zgodnego z zakresem prowadzonej przez przystępującego działalności gospodarczej.

36. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 866/20

Z przepisu tego wynika zatem (...), że 3-miesięczny okres ważności referencji dotyczy po pierwsze świadczeń okresowych lub ciągłych, po drugie świadczenia te powinny być nadal wykonywane.

Wnioskując z przeciwności należy dojść do przekonania, że ustawodawca dopuszcza wykazanie należytego wykonania usług niebędących usługami okresowymi lub ciągłymi przez złożenie dokumentu z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Należy zatem ustalić, czy usługa polegająca na sukcesywnym (przez okres minimum 12 miesięcy) wykonywaniu usług utrzymania parków może być uznana za świadczenie ciągłe. Okoliczność, że nie jest to świadczenie okresowe nie jest kwestionowana przez odwołującego, który wskazywał jedynie, że usługa w trakcie realizacji ma ona charakter ciągły.

Izba nie zgodziła się z tym poglądem. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia świadczenia ciągłego, zatem zgodnie z art. 14 Pzp

zastosowanie znajdą przepisy kodeksu cywilnego. Doktryna prawa cywilnego definiuje pojęcia „świadczeń jednorazowych, okresowych i ciągłych”. W przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia jest czas. Świadczenie ciągłe polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas. Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Charakter ciągły mają świadczenia wynajmującego, wdzierżawiającego, dającego w użyczenie, udzielającego pożyczki, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność. W ocenie składu orzekającego świadczenie utrzymania terenu zielonego przez okres 12 miesięcy nie ma charakteru ciągłego, można w nim bowiem wyodrębnić pojedyncze świadczenia, których treść różni się w zależności od pory roku i warunków meteorologicznych.

37. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1515/20

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone precyzyjnie, a wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp może nastąpić tylko wtedy, gdy nie zostało wykazane spełnianie wymagań, które zostały wprost i precyzyjnie wyartykułowane

w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Jakikolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być – na etapie badania spełniania tych warunków – interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a niejasności te nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. (...) Zamawiający, określając warunek doświadczenia wykonawcy, nie musi wymagać, aby doświadczenie to dokładnie odpowiadało przedmiotowi zamówienia, może ograniczyć się do wymagania doświadczenia w zakresie węższym, jeśli uzna, że będzie to wystarczające dla oceny potencjału wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zapisał w treści warunku, że wymaga doświadczenia w realizacji zadań odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, wskazał natomiast, że wymaga doświadczenia w budowie/ przebudowie/remontie obiektu mostowego. Podobnie z brzmienia warunku nie wynika, aby doświadczenie musiało obejmować wykonanie jakichkolwiek robót towarzyszących, w tym wskazanych przez Odwołującego robót rozbiórkowych, robót drogowych, organizacji ruchu, urządzeń bezpieczeństwa ruchu itp. (co do robót ziemnych, Odwołujący nie wykazał, z czego wywodzi ich niewykonanie w sytuacji, gdy złożone referencje potwierdzają wykonanie posadowienia obiektów mostowych, co musiało obejmować roboty ziemne).

38. Wyrok z dnia 14 września 2020 r., sygn. akt KIO 2024/20

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż treść referencji powinna zawierać szczegółowe informacje co do wartości kontenerów dostarczonych w ramach realizacji umowy na rzecz XXX. Referencje nie służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie potwierdzeniu, czy określone dostawy zostały wykonane należycie. Podkreślić należy, że treść ww. rozporządzenia nie zezwala na wzywianie wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie, czy wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Skoro zatem przedłożona przez Przystępującego XXX referencja odnosiła się do wykonania całej umowy (...), tj. dostarczenia i uruchomienie zespołów spalinowo-elektrycznych zainstalowanych w kontenerach wykonanych zgodnie z PN-ISO 668:2018-05, to nie ulega wątpliwości, iż zawarte w treści referencji oświadczenie o prawidłowej realizacji umowy odnosi się również do dostarczenia kontenerów o wymaganiach określonych w obecnym postępowaniu. Kontenery stanowiły bowiem część świadczenia jakie Przystępujący XXX zobowiązał się spełnić na rzecz spółki XXX. Podkreślić raz jeszcze należy, że referencja nie służyła do potwierdzenia wartości dostarczonych kontenerów w ramach ww. zadania. Dokumentem jaki Zamawiający wymagał na wykazanie wartości wykonanych dostaw był wykaz dostaw.

39. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 2078/20

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty z powodu nieposiadania przez współkonsorcjanta świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że w pkt VI.1.1. siwz zamawiający wskazał wymóg posiadania ww. świadectwa dla spełnienia warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zaś w pkt XI.7. wskazał, że „w odniesieniu do wymogów określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający będzie brał pod uwagę łączne uprawnienia Wykonawców do wykonywania czynności/działalności wchodzących w zakres zamówienia”. Tym samym w pkt XI.7. siwz zamawiający jednoznacznie wskazał, że warunek w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności, czyli warunek posiadania ww. świadectwa, wykonawcy występujący wspólnie, mają spełnić łącznie. Skoro zatem jeden z konsorcjantów posiada ww. świadectwo, to nie ma podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnił tego warunku.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby z treści siwz wynikało „pośrednio”, że ww. świadectwo ma posiadać każdy z konsorcjantów i że wynika to także z projektu komparycji umowy i z Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, gdyż użyte w nich słowo „Wykonawca” oznacza każdy podmiot, z którym zostanie zawarta umowa. Po pierwsze, podstawa do wykluczenia

wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty nie może wynikać „pośrednio” z żadnych dokumentów postępowania, ale musi być jednoznacznie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Powyższe wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszelkie czynności w postępowaniu zamawiający musi podejmować z poszanowaniem zasad wyrażonych w tym przepisie, co oznacza, że nie może zaskakiwać wykonawców po otwarciu ofert wymaganiami, które nie zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Po drugie, jak wskazano już wyżej, w pkt XI.7. siwz zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość łącznego spełnienia warunku dotyczącego posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, zatem w świetle tego postanowienia siwz koncepcja wywodzenia wymogu posiadania świadectwa przez każdego z członków konsorcjum z faktu użycia w innych miejscach siwz słowa „Wykonawca”, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Nawet gdyby uznać, że w powyższym zakresie zachodzi jakakolwiek niespójność postanowień siwz (choć w ocenie Izby treść pkt XI.7. jest jednoznaczna i stanowi o możliwości łącznego spełnienia warunku, czyli np. przez jednego członka konsorcjum, zaś standardowe używanie słowa „wykonawca” nie przesądza o istnieniu jakiegokolwiek wymogu), to i tak niespójność taką, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należałoby rozpatrywać na korzyść wykonawcy.

Art. 24 ust. 1 pkt 13**40. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1419/20**

W konsekwencji w ocenie Izby wskazuje to, że nie zostało wykazane przez Odwołującego, że przedmiotowych zaświadczeń Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIS) Federalnego Biura Śledczego, wydanych w wyniku przeszukania rejestru FBI na podstawie odcisków palców, złożonych dla ww. członków zarządu podmiotu udostępniającego zasoby, nie można uznać za wystarczające do wykazania braku wyroków skazujących. Zaświadczenia winny być oceniane pod kątem ich przydatności dla wykazania braku określonej przesłanki wykluczenia z postępowania, przy uwzględnieniu różnic w systemach prawnych państw wykonawców czy – jak w analizowanym przypadku – państwa federacyjnego, gdzie mają miejsce zamieszkania ww. członkowie zarządu podmiotu udostępniającego swoje zasoby Przystępującemu. (...) W ocenie Izby, kwestionując prawidłowość ww. zaświadczeniu CJIS FBI, mając na uwadze argumentację Przystępującego i dowody przez niego przedłożone, Odwołujący powinien wykazać, które kategorie przestępstw wymienionych w ww. przepisach ustawy Pzp nie wymagają w USA, dla wydania wyroku skazującego, uprzedniego zatrzymania/aresztowania i pobrania odcisków palców, tzn. w przypadku jakiego przestępstwa wymienionego w tych przepisach, dana osoba nie będzie figurowała w rejestrze zawierającym pobrane odciski palców, mimo, iż może być wydany wyrok skazujący. Ponadto wobec dowodów złożonych przez Przystępującego i jego twierdzeń, dotyczących charakteru zbierania

i gromadzenia informacji o historii kryminalnej osób zamieszkujących poszczególne stany, Odwołujący winien wykazać, iż wbrew stanowisku Przystępującego FBI CJIS nie dysponuje ww. danymi ze Stanów Floryda i New Jersey. To jednak nie nastąpiło. W związku z tym zarzut dotyczący wskazanych w odwołaniu podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania nie został wykazany.

Art. 24 ust. 1 pkt 17

41. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 395/20

Jak wskazano powyżej, Odwołujący przedstawił zdjęcie jednego pojazdu, natomiast kopię dowodu rejestracyjnego innego pojazdu. Odwołujący przedstawił zatem zdjęcia pojazdu, które miały wywołać u Zamawiającego mylne wrażenie, że jest to oferowany pojazd, podczas gdy Odwołujący zaoferował pojazd, który nie jest zgodny na chwilę składania ofert z wymaganiami Zamawiającego (ma inną niż wymagana liczbę rolet), a okoliczność, czy będzie to taki sam pojazd, jak na przedstawionym zdjęciu, nie jest pewna. Przedstawione dokumenty wprowadzały zatem w błąd Zamawiającego co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Bez wątplenia przedstawione przez Odwołującego dokumenty miały wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, dotyczyły bowiem oceny zgodności oferowanego pojazdu z treścią SIWZ. Spełnione zostały zatem wszystkie przesłanki, o których stanowi przywołany powyżej artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że Zamawiający nie naruszył wskazanego artykułu, dokonując

wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji nie naruszył artykułu 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za odrzuconą ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania.

42. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 980/20 i KIO 985/20

Informacji nieprawdziwych nie można zastąpić informacjami prawdziwymi, gdyż – wobec zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nigdy nie miałby zastosowania. W konsekwencji Odwołujący XXX w zakresie funkcji pełnionej przez pana XXX na wskazanej inwestycji, dwukrotnie przedstawił Zamawiającemu informacje, które pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym, a tym samym przedstawił informacje nieprawdziwe. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca złożył niespójne wyjaśnienia – oświadczył, że pan XXX pełnił funkcję Dyrektora Kontaktu i jednocześnie załączył oświadczenie, z którego wynikało, że pan XXX pełnił funkcję Dyrektora koordynatora z ramienia Inżyniera Kontraktu. Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający Odwołujący XXX w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że pan XXX pełnił funkcję wskazaną przez wykonawcę.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że powyższe wyczerpuje przesłankę braku staranności po stronie wykonawcy, która jest wymagana od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto stanowisko Inżyniera Kontraktu, na które

wykonawca wskazał pana XXX, miało dla Zamawiającego na tyle istotne znaczenie, gdyż stanowiło również kryterium oceny ofert. Wykonawca działający z należytą starannością powinien zweryfikować, czy wskazany w wykazie personel posiada deklarowane doświadczenie – zwłaszcza w zakresie deklaracji wykraczającej poza minimalny poziom, za który wykonawca oczekuje przyznania dodatkowych punktów w ramach oceny ofert. W konsekwencji w ocenie Izby również w tej sprawie zarzuty Odwoływającego nie potwierdziły się (...).

43. Wyrok z dnia 30 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 946/20

Izba nie dopatrzyła się natomiast podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w tych przepisach, a dotyczących zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Zauważenia wymaga, że kwestia certyfikacji niekaralności w świetle prawa chińskiego nie jest oczywista i wymaga interpretacji przepisów prawa obcego w porównaniu z regulacjami polskimi, a także analizy ich praktycznego funkcjonowania. Ewentualne rozbieżności w takiej interpretacji trudno uznać za w jakikolwiek sposób zawinione przez wykonawcę, który prezentuje w postępowaniu określone stanowisko w tym zakresie i przedstawia Zamawiającemu informacje odpowiadające temu stanowisku. Nawet jeśli ostatecznie okaże się ono błędne, nie uprawnia to do stwierdzenia, że zostało przyjęte w złej wierze lub co najmniej spowodowane lekkomyślnością lub niedbalstwem.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego dowody w postaci zaświadczeń o niekaralności przedstawionych przez członka Konsorcjum Przystępującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie dowodzą, że działał on ze świadomością, że wydruki złożone w niniejszym postępowaniu są nieprawidłowe. Okoliczność, że wykonawca w wyniku podjętych przez siebie nadzwyczajnych starań pozyskał zaświadczenia, które nie funkcjonują standardowo w danym systemie prawnym, nie dowodzi, że zaniechanie złożenia takich zaświadczeń w kolejnym postępowaniu wypełnia przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

44. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2113/20

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest

ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W aktualnym stanie prawnym przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy.

45. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2095/20

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący XXX nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności, na które powołał się przystępujący XXX,

jako przyczynę podania nieprawdziwych informacji, odnoszą się do jednego z pracowników przystępującego XXX. Podkreślić należy, że tylko i wyłącznie przystępujący XXX jest odpowiedzialny za własny personel i jest to kwestia wewnętrznej organizacji wykonawcy. Na zewnątrz natomiast spółkę reprezentują osoby do tego uprawnione (przede wszystkim członkowie zarządu) oraz osoby upoważnione do działania w jej imieniu. To na tych osobach spoczywa obowiązek zachowania należytej staranności stypizowanej w art. 355 § 2 K.c. Przystępujący XXX, działając poprzez upoważnioną do tego osobę, złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Odpowiedzialnymi za tego rodzaju okoliczności są osoby działające w imieniu spółki, nie zaś jakiegokolwiek inne osoby, nawet jeśli były zaangażowane w przedmiotowe postępowanie.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego XXX można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c, obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko

w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

Co do trzeciej przesłanki wykluczenia przystępującego XXX z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wskazane przez niego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez przystępującego XXX zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 19

46. Wyrok z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt KIO 440/20

Art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W związku z restrykcyjnym charakterem powołanego przepisu czynność wykluczenia może zostać dokonana jedynie w sytuacji kumulatywnego spełnienia przesłanek, którymi są:

udział wykonawcy (jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej) w przygotowaniu prowadzonego postępowania, zakłócenie konkurencji w postępowaniu, brak możliwości eliminacji tego zakłócenia w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby w tym składzie orzekającym między udziałem wykonawcy w przygotowaniu a zakłóceniem konkurencji musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy polegający na tym, że naruszenie konkurencji jest wynikiem udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania. Oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać ad casum z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta przez wykonawcę w związku z przygotowaniem postępowania doprowadziła do jego przewagi w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach danego postępowania. Dostrzec również trzeba, że art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp stanowi wyłącznie o zakłóceniu konkurencji, zatem o stanie zaistniałym w danym postępowaniu, możliwym do stwierdzenia w racjonalny i zobiektywizowany sposób. Uznanie, że w danym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, nie może opierać się jedynie subiektywnym przekonaniu zamawiającego lub jego ogólnych stwierdzeniach. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział

w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu zakłóca konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, a nie następować automatycznie jedynie na podstawie stwierdzenia udziału w przygotowaniu postępowania (wyrok ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*). Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp jako remedium na zapewnienie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być zastosowane wyłącznie wtedy, gdy skorzystanie z innych środków przez zamawiającego nie jest możliwe. Niezbędnym, w związku z imperatywnym charakterem art. 24 ust. 10 Pzp, działaniem zamawiającego jest danie wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji oraz należyta ocena złożonych przez wykonawcę w tym celu wyjaśnień.

47. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1985/20

W ocenie składu orzekającego treść wyjaśnień przystępującego wskazuje, iż jego udział w obecnym postępowaniu nie powinien stanowić zakłócenia konkurencji w postępowaniu i w związku z tym temu wykonawcy nie należy odmawiać prawa ubiegania się o przedmiotowe zamówienie poprzez zastosowanie podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Przemawiają za tym okoliczności wskazane przez przystępującego

w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r. Należy w tym miejscu wskazać w szczególności na: zapewnienie wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty wystarczającego czasu na zapoznanie się z dokumentacją obecnego postępowania (od 12 marca do 22 kwietnia 2020 r.), znaczny upływ czasu od wykonania dokumentacji projektowej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2009 r., podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum będącego wykonawcą zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej (brak bezpośredniego zaangażowania przystępującego w przygotowanie dokumentacji stanowiącej przedmiot zamówienia), związany z dwiema poprzednimi okolicznościami brak możliwości korzystania z wiedzy lub potencjału osób biorących bezpośredni udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej, a także naturalne zmiany w otoczeniu projektowanej uprzednio przestrzeni.

48. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20

Zdaniem Izby sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie oznacza, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania. Samo stwierdzenie tej okoliczności nie stanowi automatycznej podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby spowodowane zakłócenie konkurencji zostało w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyeliminowane w momencie przekazania pełnej dokumentacji projektowej wszystkim uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

czego Odwołujący nie kwestionował. W toku rozprawy nie wykazano, że na skutek sporządzenia przez wykonawcę dokumentacji projektowej podmiot ten uzyskał przewagę konkurencyjną, posiadał w szerszym niż inni wykonawcy stopniu wiedzę na temat zakresu przedmiotu zamówienia, która to przewaga nie została usunięta przez przekazanie dokumentacji projektowej wszystkim wykonawcom na równych zasadach.

W ocenie Izby działania mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego przez przekazanie na równych zasadach wszystkim potencjalnym wykonawcom takich samych informacji, które posiada podmiot biorący udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bądź następnie przez wykonawcę przez wykazanie, że jego udział nie zakłóci konkurencji. Izba przychyliła się do wyrażanego w orzecznictwie poglądu, iż w sytuacji, gdy zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał działań, mających na celu zniwelowanie zakłócenia konkurencji, wykonawca zostaje zwolniony z konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie (np. wyrok z dnia 25.10.2018 r. Sygn. akt KIO 1974/18, wyrok z dnia 22.10.2018 r. Sygn. akt KIO 2038/18). Przywołać należy w tym miejscu także orzeczenie ETS sygn. C-21/03 C-4/03 z dnia 3 marca 2005 r., w którym stwierdzono, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykáže, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu

nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji.

49. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2256/20

Z treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. wynika, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić udział wykonawcy, jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej, w przygotowaniu postępowania. Po drugie, ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób, niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Celem ww. przepisu jest więc wykluczenie z postępowania tych podmiotów, które poprzez uczestnictwo w jego przygotowaniu nabyły wiedzę, mogącą je sytuować w lepszej pozycji, niż pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tak aby spełniona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony należy uznać pogląd, iż udział wykonawcy lub osób pracujących na jego rzecz, biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego, stwarza przypuszczenie, które wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. może zostać wyeliminowane przez wykonawcę w toku postępowania przez złożenie wyjaśnień i dowodów (tak też wyrok KIO 216/18 z dnia 1 marca 2018 r. czy KIO

1075/18 z dnia 26 czerwca 2018 r.). Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą Dyrektywę 2004/18/WE (tzw. Dyrektywa klasyczna), instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, między innymi w sytuacji, kiedy zakłócenie konkurencji, wynikające z wcześniejszego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej dolegliwych środków. Z kolei w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej, niezależnie od tego, czy odbywa się to w trybie wstępnych konsultacji rynkowych (art. 40 Dyrektywy klasycznej), czy nie, bądź też w inny sposób są zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas instytucja zamawiająca zobowiązana jest do podjęcia odpowiednich środków, celem zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie spowoduje zakłócenia konkurencji, ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości postępowania.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, iż domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału wykonawcy (jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy – zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług) w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, może zostać

wyeliminowane zarówno przez samego zamawiającego, jak i przez wykonawcę.

W ocenie Izby do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba przeanalizowała czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu w rozpoznawanym zakresie i skonstatowała, że zamawiający nie wykazał, że udział wykonawcy XXX w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający w protokole postępowania, jako środek mający na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji, wskazał jedynie, że „Cała Dokumentacja projektowo- kosztorysowa została udostępniona wszystkim Wykonawcom poprzez Platformę zakupową Zamawiającego, co zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców”. Izba wskazuje, że udostępnienie całości dokumentacji jest obowiązkiem zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek wykazania, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji, nie może zatem polegać na wskazaniu podstawowych czynności podejmowanych w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał przy tym na żadne inne, wyjątkowe

okoliczności, które zapewniły konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zwraca uwagę, że działania zmierzające do wykazania, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji mogą zostać podjęte również przez samego wykonawcę, który – co prawda – ma mniejsze możliwości niż zamawiający w tym zakresie i na którego dodatkowo nałożono obowiązek udowodnienia podjęcia takich działań lub, co istotne, udowodnienia, że jego udział nie zakłóci konkurencji (a więc, że istnieją obiektywne czynniki za tym przemawiające). W takim przypadku wykonawca powinien wyczerpująco wyjaśnić, iż czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywane przez niego lub jego personel, nie powodują naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Nie wystarczy więc złożenie przez wykonawcę ogólnych wyjaśnień, które nie wniosą niczego istotnego do sprawy oraz nie dadzą podstaw do stwierdzenia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji.

Izba przeanalizowała wyjaśnienia złożone przez wykonawcę XXX na wezwanie zamawiającego i stwierdziła, że nie dają one podstaw do stwierdzenia, że uczestnictwo wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Wykonawca ograniczył się do przywołania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz wskazania na okoliczności, które są typowe i winny mieć miejsce w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: prowadzenie postępowania na Platformie Zakupowej zamawiającego, udostępnienie wykonawcom całej dokumentacji przetargowej, przygotowanie dokumentacji zgodnie z obowiązującymi

przepisami prawnymi oraz wytycznymi zamawiającego. Jediną informacją mogącą mieć znaczenie dla oceny zachowania konkurencji była informacja o tym, że w przygotowaniu oferty wykonawca XXX nie posługiwał się osobami biorącymi udział w prowadzeniu postępowania. Wykonawca nie podał jednak w tym zakresie żadnych konkretnych informacji, nazwisk osób biorących udział w przygotowaniu postępowania i przygotowaniu oferty, a także nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie wskazywanych argumentów.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zamawiający w protokole postępowania wykreślił pkt 15 ppkt 4, w którym obowiązany był wpisać sposób zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p.

Art. 24 ust. 1 pkt 20

50. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 784/20

Za chybiony należy uznać również zarzut zмовы pomiędzy konsorcjami, o której świadczyć miałyby między innymi fakt, że każde z konsorcjów złożyło ofertę tylko na jedną część. Zauważyć należy za Zamawiającym, że nawet gdyby konsorcja dysponowały potencjałem wystarczającym do realizacji obu pakietów, decyzja o starciu tylko w jednej części nie może stanowić dowodu na działanie w celu ograniczenia konkurencji. Tym bardziej że ewentualny udział obu konsorcjów w dwóch częściach – co zdaniem Odwołującego byłoby działaniem pożądanym i właściwym – nie powodowałby

polepszenia konkurencyjności, wręcz przeciwnie – gdyby wszyscy czterej wykonawcy złożyli oferty w obu częściach, tym bardziej naraziliby się na zarzut zmowy przetargowej, gdyż konkurowaliby pomiędzy sobą w poszczególnych częściach – będąc powiązani rodzinnie.

Zauważenia wymaga, że Zamawiający podzielił zamówienie na części, a każda z części jest – w świetle przepisów ustawy Pzp – odrębnym zamówieniem. Rozumowanie Odwołującego prowadzioby do konkluzji, że poszczególni wykonawcy – powiązani rodzinnie – nie mogliby z jednej strony przystąpić do postępowań w dwóch różnych częściach, z drugiej składając oferty konkurencyjne w poszczególnych częściach, podlegaliby wykluczeniu z uwagi na powiązania rodzinne. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że dopuszczalnym jest składanie ofert na poszczególne części w ramach danego postępowania przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2017 r., KIO 1244/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 września 2015 r., KIO 1774/15) – gdyż w przypadku postępowania z podziałem na części, poszczególne części stanowią w istocie swoiste, niezależne od siebie postępowania.

51. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20

Odnosząc się natomiast do przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania ustalonej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy, koniecznym stało się odniesienie do tej części normy prawnej, która

wskazuje na konieczność wykazania przez zamawiającego, iż porozumienie podmiotów składających oferty w postępowaniu miało na celu naruszenie konkurencji. Zamawiający powinien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności czy wynikających choćby z dowodów pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji. Taka okoliczność nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający ograniczył swoje uzasadnienie do ustalenia, że pomiędzy Wykonawcami istnieje więź rodzinna oraz stosunek pełnomocnictwa, co mogło wyłącznie dowodzić istnienia porozumienia, jednak nie przesądzało o jego niekonkurencyjnym celu. Treść normy nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż nie każde porozumienie stanowić może podstawę do wykluczenia z postępowania, a jedynie takie, które zakłóca konkurencję w postępowaniu. Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób możliwości składania ofert częściowych na obie części zamówienia, stąd co najmniej sześciu wykonawców złożyło oferty na część I i II zamówienia. W obu częściach oferta Odwołującego była najtańsza i to ten Wykonawca miał szansę uzyskać zamówienie. W ocenie składu orzekającego zachowanie Odwołującego w żaden sposób nie odbiega od zachowania pozostałych pięciu wykonawców, którzy składali oferty częściowe, a jego powiązania rodzinne nie miały znaczenia z punktu widzenia innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Istnienie powiązań z innym wykonawcą nie prowadziło do uzyskania przewagi konkurencyjnej, w tym znaczeniu, iż stwarzało

lepsze warunki do złożenia korzystniejszej oferty. Odwołujący nie korzystał z potencjału drugiego przedsiębiorcy, co oznacza, iż nie musiał działać w porozumieniu w celu przygotowania i złożenia oferty tańszej. Gdyby nawet takie porozumienie istniało, to nadal nie miałyby ono żadnego wpływu na treść pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Takiego związku Zamawiający nie wykazał, a tym samym Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż porozumienie miało charakter antykonkurencyjny. Art. 24 ust. 1 pkt 23

52. Wyrok z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 497/20

W analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że państwo XXX kontrolują zasoby obu podmiotów gospodarczych, tj. spółki XXX sp. z o.o., jak również zasoby jakie posiada pan XXX, prowadząc działalność gospodarczą pod firmą XXX. Alokacja zysków wypracowanych przez oba podmioty następuje w obrębie ich majątku wspólnego i objęta jest wspólnością majątkową małżonków. W ocenie Izby państwo XXX mają jeden wspólny interes ekonomiczny, tj. powiększanie wspólnego majątku, który realizują w ramach przyjętych form działalności gospodarczej.

Powyższe wnioski uzasadniają następujące okoliczności. Po pierwsze, wskazać należy, że forma prawna prowadzonej działalności gospodarczej nie może decydować o tym, czy dane podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy, czy nie. Gdyby wyłącznie forma prawna decydowała o niezależności gospodarczej podmiotów, to wówczas można byłoby z łatwością ominąć wszelkie zakazy wynikające z prawa antymonopolowego zmierzające do zachowania

na rynku uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. (...) Po drugie, każdy z małżonków objętych ustawową wspólnością małżeńską jest uprawniony do współposiadania rzeczy wchodzących w skład majątku wspólnego oraz do korzystania z nich w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez drugiego małżonka (art. 34[1] KRO). Oboje małżonkowie są obowiązani współdziałać w zarządzie majątkiem wspólnym, w szczególności udzielać sobie wzajemnie informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny (art. 36 § 1 KRO). Ponadto dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków należą do majątku wspólnego (art. 31 § 2 pkt 2 KRO). Nie ma przy tym wątpliwości, że udziały w spółce z o.o. uzyskane ze środków z majątku wspólnego małżonków wchodzi w skład wspólności majątkowej małżeńskiej. Zgodnie bowiem z uchwałą z dnia 7 lipca 2016 r. Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. III CZP 32/16, jeżeli wkład wniesiony do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy do majątku wspólnego współnika i jego małżonka, również udział w spółce objęty przez współnika wchodzi w skład tego majątku. Według Sądu Najwyższego istnieje domniemanie faktyczne, iż przedmiot majątkowy nabyty przez jednego z małżonków w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej wchodzi w skład majątku wspólnego małżonków.

W omawianym stanie faktycznym nie zostały przywołane żadne okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie, iż udziały jakie pani XXX ma w spółce XXX sp. z o.o. nie stanowią części majątku wspólnego jaki

posiada z panem XXX. Podobnie zresztą jak zasoby jakie posiada pan XXX, prowadząc indywidualną działalność gospodarczą. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, które pozwoliłyby na obalenie ww. domniemania faktycznego. W konsekwencji, w ocenie Izby, zasadnym jest przyjęcie, iż działalność gospodarcza prowadzona przez państwa XXX, choć w odmiennych formach prawnych, to jednak zmierza do powiększenia ich majątku wspólnego. Alokacja zysków z prowadzonej przez małżeństwo działalności gospodarczej następuje do ich majątku wspólnego. Zysk bowiem wypracowany przez pana XXX stanowi część majątku wspólnego. Podział zaś zysku wypracowanego przez spółkę XXX sp. z o.o. należy co do zasady do kompetencji walnego zebrania wspólników, czyli państwa XXX. Logiczne zatem jest przyjęcie, iż zysk taki decyzją małżonków zostanie wypłacony w formie dywidendy wspólnikom, czyli właśnie małżonkom do ich majątku wspólnego.

W ocenie Izby nie sposób również ustalić, jaki miałby być niezależny interes ekonomiczny państwa XXX w uczestnictwie w tym samym postępowaniu przetargowym. Takiego celu Odwołujący nie wskazał. Łącząca zaś państwa XXX wspólnota majątkowa determinuje ich wspólny interes ekonomiczny, tj. dążenie do zwiększania majątku wspólnego. To zaś można uczynić albo poprzez wybór oferty pana XXX, albo wybór oferty spółki XXX sp. z o.o. Twierdzenia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r. o rzekomej odrębności spółki XXX sp. z o.o. od pana XXX nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Ani Zamawiającemu, ani Izbie nie zostały złożone żadne dowody potwierdzające odrębność

organizacyjną czy odrębność zasobów obu podmiotów. Podkreślenia również wymaga, że skoro małżonka pana XXX posiada pozostałe 91% udziałów w spółce XXX sp. z o.o. i samodzielnie decyduje, kto zasiada w zarządzie spółki, to oczywistym dla Izby jest to, że będą to osoby podporządkowane interesom państwa XXX. Co więcej osoby sprawujące funkcję Prezesa i Wiceprezesa spółki XXX sp. z o.o. wchodzi w skład zarządu spółki XXX sp. z o.o. oraz XXX sp. z o.o., co, w ocenie Izby, stanowi dowód na to, że są to osoby cieszące się zaufaniem państwa XXX, realizujące strategię działania w grupie XXX.

Podkreślić należy, że występowanie pomiędzy przedsiębiorcami więzi rodzinnych oraz prowadzenie działalności pod tym samym adresem nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych. Ilość powiązań gospodarczych i faktycznych pomiędzy państwem XXX oraz fakt, iż działalność w ich imieniu prowadzi przede wszystkim pan XXX świadczą, że rzeczywista konkurencja między oboma podmiotami jest bardzo ograniczona, jeśli w ogóle występuje.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument Odwołującego, iż konieczną przesłanką dla zastosowania sankcji wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, jest wykazanie, że faktycznie doszło do zakłócenia konkurencji. Zarówno gramatyczna, jak i celowościowa interpretacja tego przepisu wskazuje na istnienie prawnego domniemania, że złożenie w tym samym postępowaniu odrębnych ofert przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej zakłóca konkurencję. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę formuły „chyba że wykażą”. Ciężar dowodu w tej

sprawie ciążył więc na Odwołującym, który żadnych takich dowodów nie przedłożył ani Zamawiającego, ani Izbie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż możliwość składania w tym samym postępowaniu odrębnych ofert przedsiębiorcom powiązanych (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) pozwala na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, że powiązania między nimi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

53. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20

Należy podkreślić, iż w obrocie gospodarczym funkcjonują różne definicje grupy kapitałowej, w zależności od kontekstu i ustawy regulującej dane zdarzenie gospodarcze. Można przykładowo wskazać na różne zdefiniowanie grupy kapitałowej w ustawie o rachunkowości (art. 3 ust. 1 pkt 44) czy też ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych (redakcja: o podatku dochodowym od osób prawnych) (art. 1a ust. 1 ustawy o CIT), tzw. podatkowej grupy kapitałowej. Na gruncie przepisów Ustawy Pzp grupa kapitałowa definiowana jest przez odesłanie do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego

przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni. Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne było wykazanie przez Zamawiającego istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. W ocenie składu orzekającego fakt istnienia powiązań pomiędzy małżonkami prowadzącymi działalność w tym samym sektorze usług został wykazany chociażby przez treść ofert, w których małżonkowie posługiwali się tymi samymi pojazdami użyczonymi na potrzeby złożenia oferty, jak również wspólnymi danymi adresowymi czy też podobieństwem graficznym ofert. Powyższe nie oznacza jednak, iż przedsiębiorcy stanowią grupę kapitałową poprzez fakt możliwości wpływania w sposób nieformalny na decyzje biznesowe każdego z małżonków. W ocenie składu orzekającego, same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce, konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, art. z większościowego udziału głosu czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu

nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. Tylko jedna oferta może być uznana za najkorzystniejszą, a nie można na obecnym etapie postępowania stwierdzić, iż celem Wykonawców miało być doprowadzenie do wyboru oferty droższej (drugiego małżonka).

Należy również zauważyć, iż samo nawet złożenie oferty przez spółki z grupy kapitałowej nie może prowadzić z automatu do wykluczenia z postępowania. (...) Powyższe prowadzi do konieczności wykazania przez zamawiającego nie tylko okoliczności złożenia ofert przez podmioty tworzące grupę kapitałową, ale również tego, czy powiązania w ramach grupy kapitałowej mają przełożenie na działania wykonawców, w tym, przede wszystkim z punktu widzenia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, art. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom spoza grupy kapitałowej. Gdyby nawet uznać, iż Odwołujący tworzy grupę kapitałową z żoną prowadzącą działalność gospodarczą, to wówczas dla ustalenia przesłanki do wykluczenia z postępowania, konieczne byłoby rozważenie, czy istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W niniejszej sprawie ta konieczność nie zachodziła, gdyż w ocenie Izby Odwołujący nie pozostawał w grupie kapitałowej z innym wykonawcom, który złożył ofertę w postępowaniu.

Art. 24 ust. 5 pkt 2**54. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1342/20**

Reasumując, po pierwsze wyrazem poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych nie jest tylko niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, lecz także niewykonanie lub nienależyte wykonanie każdego innego zamówienia, tj. każdej innej umowy odpłatnej, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Po drugie, wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego to umowa odpłatna zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, objęta zarówno reżimem ustawy Pzp, jak i poza procedurą Pzp, jeśli dotyczy zamawiającego zobowiązanego do stosowania ustawy i dysponującego środkami publicznymi, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. (...) 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 nienależycie 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. Nie sposób ograniczać się do wykładni zawężającej, bowiem 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, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia. (...) Równocześnie Izba zauważa, że opóźnienia w realizacji przedmiotowych dostaw czy też niewykonanie w ogóle zamówienia, co pokazuje dobitnie zestawienie przedstawione w informacji o wykluczeniu Odwołującego, nie były zdarzeniem jednokrotnym, któremu nie można przypisać uporczywego charakteru. Izba uznała więc, że wielotygodniowe opóźnienie w realizacji dostaw strategicznych dla Zamawiającego materiałów, w tym noży kombajnowych już na początkowym etapie realizacji umów stanowi istotny stopień nienależytego wykonania wcześniejszych umów. (...) Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że uporczywe niewykonywanie zawartych umów, przypadki kilkunastotygodniowej zwłoki w realizacji zamówień, nieinformowanie o możliwych opóźnieniach w realizacji zamówień, istotne wady ukryte dostarczonych przez Odwołującego noży kombajnowych, ujawnione w wyniku badań laboratoryjnych, nieuzasadniony brak akceptacji wyników przedmiotowych badań, a także aktywność Odwołującego, która nie koncentrowała się na prawidłowym wykonaniu zawartych umów, a jedynie podejmowaniu wszelkich możliwych kroków mających na celu uniknięcie odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązujących go kontraktów prowadzi do wniosku, że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie i wielokrotnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.

Art. 24 ust. 5 pkt 4**55. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 816/20**

Mając na uwadze treść informacji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz treść dokumentów złożonych jako dowody w postępowaniu odwoławczym Izba uznała, iż zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny zaistnienia wobec odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – w odniesieniu do umowy na remont budynku w XXX oraz w odniesieniu do umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w XXX.

W ramach zarzutów odwołania odnoszących się do ww. przesłanki wykluczenia z postępowania odwołujący wskazał między innymi na niewystarczające uzasadnienie faktyczne zawarte w zawiadomieniu zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający zobowiązany był wskazać, która umowa i w jakim zakresie nie została wykonana i z jakich względów to odwołujący jest odpowiedzialny za ten stan rzeczy. Powyższy zarzut odwołania Izba uznała za zasadny w odniesieniu do ww. umów w zakresie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, tj. okoliczności niewykonania albo nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu. W informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający wskazał, iż „rozwiązanie” ww. umów nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego, tj. z powodu niedotrzymania terminu realizacji umowy. W treści pism z dnia 27 i 30 grudnia 2020 r. zamawiający stwierdził, iż z przyczyn zawinionych przez odwołującego nie wykonał on

wszystkich prac określonych w umowie (kosztorys ofertowy wykonawcy) we wskazanym terminie. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że miało miejsce niewykonanie ww. umów w stopniu istotnym. Zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie zawiera żadnych informacji odnośnie zakresu niezrealizowanego przedmiotu umowy. Dodatkowo należy zauważyć, iż ziszczenie się ww. przesłanki nie zostało przez zamawiającego udowodnione na etapie postępowania odwoławczego. Jedynym dokumentem, jaki w tym zakresie został złożony na rozprawie, była opinia techniczna wykonanych robót remontowych wewnątrz budynku nr 1 w kompleksie wojskowym w XXX. Po pierwsze jest to opinia prywatna, podlegająca kwalifikacji jako stanowisko strony, po drugie została sporządzona już po złożeniu przez zamawiającego oświadczenia z dnia 30 grudnia 2019 r., a po trzecie – co najważniejsze – nie dotyczy ona zakresu przedmiotu umowy, który nie został przez odwołującego wykonany, lecz oceny technicznej wykonanych robót remontowych. Przedstawiona przez zamawiającego opinia nie dotyczy zatem okoliczności stanowiącej przyczynę złożenia oświadczenia o „rozwiązaniu” umowy. Z kolei w odniesieniu do umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w XXX zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż co najmniej w zakresie przesłanki niewykonania albo nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu – w odniesieniu do umowy na remont budynku w XXX oraz w odniesieniu do umowy

na konserwację pomieszczeń w budynku w XXX – uzasadnienie faktyczne informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania było niewystarczające.

56. Wyrok z dnia 2 września 2020 r., sygn. akt KIO 1709/20

Po pierwsze wskazać należy, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp określa sankcję dla wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wprowadzenie do postępowania tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia oznacza, że wykluczeniu z postępowania będzie podlegał (o ile nie dokona skutecznie tzw. samooczyszczenia) konkretny wykonawca, który uprzednio nie wywiązał się z zawartej umowy. Przepis ten w żadnej mierze nie może stać na przeszkodzie ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego przez innych wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca XXX, z którym Zamawiający wcześniej rozwiązał umowę, nie złożył oferty. Odwołujący natomiast, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest innym, odrębnym podmiotem, który nie był stroną rozwiązanej przez Zamawiającego umowy i nie może odpowiadać za jej wykonanie ani ponosić skutków jej nienależytego wykonania. Zamawiający jednak, nie mogąc do Odwołującego zastosować wprost art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w sposób nieuzasadniony doprowadził do wyeliminowania Odwołującego z postępowania, poprzez odrzucenie jego oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Nieważności tej Zamawiający dopatrył się w fakcie,

że przedmiotem oferty jest dostawa materiałów, których producentem jest XXX. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył ofertę w celu uniknięcia niekorzystnych skutków polegających na wykluczeniu z postępowania spółki XXX.

Stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione, polega ono bowiem na niemającym żadnego oparcia w przepisach prawa założeniu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą być oferowane produkty, których producentem jest podmiot, do którego znalazłby zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Prezentując takie stanowisko, Zamawiający zdaje się nie rozróżniać sankcji wobec wykonawcy, który okazał się niewiarygodny nie wykonując umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wykonując ją nienależycie, od wyeliminowania z postępowania produktów, które ten podmiot produkuje. Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu uniknąć związania się umową z takim niewiarygodnym wykonawcą, nie zaś zakupu produktów pochodzących do tego podmiotu jako od producenta. (...) Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony próbował rozszerzyć skutki nienależytego wykonania umowy przez XXX, stwierdzając, że skutkiem takim jest nie tylko podleganie przez ww. spółkę wykluczeniu z postępowania, ale również wyłączenie możliwości oferowania przez innych wykonawców materiałów, których ta spółka jest producentem. (...) Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby obejście prawa polegało na zaoferowaniu produktów przez Odwołującego zamiast przez spółkę XXX w celu uniknięcia niekorzystnych skutków w postaci podlegania ww. spółki wykluczeniu. Niekorzystne skutki związane z nienależytym

wykonaniem umowy mogą bowiem dotyczyć podmiotu – wykonawcy, a nie przedmiotu oferty – zaoferowanego produktu, czego Zamawiający zdaje się nie zauważać. Złożenie oferty przez Odwołującego nie prowadzi więc do skutku sprzecznego z prawem – Odwołujący nie mógł bezprawnie uniknąć wykluczenia z postępowania, gdyż takiemu wykluczeniu po prostu nie podlegał.

Art. 24 ust. 7 pkt 3

57. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1781/20

Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu zdarzeniem, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, jest odstąpienie od umowy, albowiem świadczy o tym wyrok Sądu Rejonowego w Grodzisku Wielkopolskim z dnia 19 grudnia 2018 roku, sygn. akt I C 571/18, który potwierdził skuteczność odstąpienia od umowy przez zamawiającego, zasądzając jednocześnie karę umowną za odstąpienie od umowy. Tym samym odwołujący mógł być wykluczony z postępowań w okresie 3 lat, licząc od dnia odstąpienia od umowy przez zamawiającego, tj. od 21 listopada 2016 roku.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że termin ten należy liczyć od dnia wydania prawomocnego wyroku w sprawie zapłaty kary umownej, albowiem nie jest to pierwsze zdarzenie, które dawało podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania. Izba zwraca uwagę, iż sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może doznać wykonawca w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle,

nie dając możliwości nadinterpretacji. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający wyklucza wykonawcę za „rozwiązanie umowy”, a następnie występuje do Sądu z pozwem o odszkodowanie powodować może sytuację, w której wykonawca ponosi odpowiedzialność skutkującą wykluczeniem z postępowania na okres dłuższy niż 3 lata, np. z uwagi na długo toczące się postępowania przed sądem powszechnym, a takiej sankcji ustawa – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje. Niestety taką sankcją, niezgodną z przepisami, zastosował zamawiający w tym postępowaniu względem odwołującego.

Nadto wskazać należy, iż może np. zachodzić sytuacja, w której wykonawca nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, jednakże do rozwiązania umowy nie doszło, a zamawiający dopiero po zakończeniu jej realizacji zdecyduje się na obciążenie wykonawcy odszkodowaniem. W takim przypadku będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której zaistniałym zdarzeniem będzie prawomocny wyrok Sądu.

Art. 24 ust. 8

58. Wyrok z dnia 12 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 697/20

Powodem wykluczenia wykonawcy jest uzasadnione założenie ustawodawcy, mające na celu ochronę prawidłowości wydatkowania środków publicznych i interesu publicznego, że przedsiębiorcy podlegający wykluczeniu mogą nie podołać prawidłowemu wykonaniu przedmiotu zamówienia publicznego. Natomiast wykonawca, który

skutecznie wprowadzi niezbędne środki naprawcze, może przywrócić swoją wiarygodność w postępowaniu. Przy tym katalog tych środków jest katalogiem otwartym, przepis wskazuje przykładowe działania, które może podjąć wykonawca, a które pozwalają na odzyskanie zdolności do wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj.: naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, współpraca z organami ścigania czy podjęcie innych środków technicznych, organizacyjnych bądź kadrowych. Katalog ten nie jest wyczerpujący – nie obejmuje też wszystkich działań dopasowanych do rodzaju okoliczności będących podstawą wykluczenia. Racjonalny ustawodawca, mając na względzie wielość możliwych stanów faktycznych, które zaistnieją w postępowaniu oraz konieczność zachowania elastyczności stosowania omawianych norm, pozostawił dobór adekwatnych środków zaradczych wykonawcom. Zatem aby wykonawca w sposób skuteczny uzyskał uprawnienie do dalszego uczestnictwa w przetargu, powinien dowieść zamawiającemu, że podjął czynności, gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących przesłankę jego wykluczenia z postępowania. Środki te powinny być więc ściśle skorelowane z podstawą wykluczenia, której wykonawca podlega – czyli stosowne i miarodajne dla wykazania, że pomimo wystąpienia danej przesłanki wykluczenia, podjęte środki zaradcze świadczą o wiarygodności przedsiębiorcy i dają wystarczającą gwarancję, że wykonawca nie powinien być nadal wykluczany ze wspomnianych względów. Powoduje to, że każdy

przypadek będzie oceniany indywidualnie, w zależności od sytuacji podmiotowej przedsiębiorcy, na kanwie konkretnego stanu faktycznego, jaki zaistnieje w postępowaniu.

Art. 24aa

59. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1013/20

Zgodnie z treścią art. 24aa Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Procedura ta polega zatem na tym, że Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet żadnego z wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ.

W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert

opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowana zostanie procedura odwrócona, zasady składania dokumentów są takie same, jak w innych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego – wraz z ofertą wykonawca musi złożyć stosowne oświadczenie zgodnie z art. 25a Pzp, tyle że w przeciwieństwie do „zwykłych” postępowań, nie jest ono badane w pierwszej kolejności, a dopiero po zakończeniu oceny ofert. Ratio legis ustawodawcy przy wprowadzeniu takiej procedury jest jednoznaczne i oczywiste, bowiem regulacja zawarta w art. 24aa Pzp w znacznym stopniu przyspiesza i ułatwia Zamawiającemu przeprowadzeniem postępowania, gdyż Zamawiający w takim przypadku nie musi podmiotowo oceniać wówczas wszystkich wykonawców, a jedynie tego, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Weryfikacja wszystkich wykonawców odbywa się tylko w kontekście samej oferty (np. cena, wadium, pełnomocnictwo), natomiast nie odnosi się do kwestii związanych ze spełnianiem warunków czy też braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odnosi się to również do wstępnej weryfikacji odbywającej na podstawie informacji zawartych w dokumencie JEDZ.

60. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1871/20, KIO 1908/20

Nie ma racji odwołujący XXX, że przy prowadzeniu postępowania w procedurze odwróconej zamawiający nie ma prawa badać treści ofert wykonawców innych niż tego, który złożył ofertę, której może być przyznana najwyższa ilość punktów. Przede wszystkim zamawiający, aby ustalić, która z ofert zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, musi przede wszystkim przeprowadzić czynności związane z ustaleniem, które oferty nie podlegają odrzuceniu z innych powodów, niż brak spełniania warunków udziału w postępowaniu czy zaistnienie podstaw wykluczenia. Tym samym zamawiający bada wszystkie złożone oferty pod kątem możliwości złożenia oferty np. nieodpowiadającej treści siwz, zawierającej cenę rażąco niską, błąd w obliczeniu ceny czy złożoną w czynie nieuczciwej konkurencji. Bez takiego ustalenia nie jest bowiem możliwe ustalenie choćby prognozowanego rankingu ofert, gdyż ranking uwzględniający oferty podlegające odrzuceniu byłby rankingiem wadliwym. Jeśli zaś zamawiający konstruuje kryterium oceny ofert w oparciu o zdolność zawodową i techniczną wykonawcy, w tym doświadczenie potencjału kadrowego, to w ocenie Izby nie można pominąć ustalenia przez zamawiającego, czy wykonawca jest rzeczywiście uprawniony do powołania się na doświadczenie konkretnej osoby.

Art. 24aa ust. 2**61. Wyrok z dnia 17 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1799/20**

(...) z art. 24aa ust. 2 Pzp wynika, że stanowi regulację szczególną i nie ma zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp. W rezultacie gdy pierwszy uchyli się od zawarcia umowy lub nie wniesie zabezpieczenia, Zamawiający może jedynie zweryfikować kolejnego pod względem podmiotowym, gdyż brak jest obowiązku dokonywania przez Zamawiającego ponownego badania ofert. Zatem Zamawiający nie dokonuje ponownego przeliczenia punktów, ale opiera się na poprzednim badaniu i pierwotnym rankingu. Tak ważne jest więc odrzucenie wszystkich ofert kwalifikujących się do tego. Dodatkowo należy uznać, że skoro zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania obliguje do równego traktowania wszystkich Wykonawców i ich ofert, to nie mogą w postępowaniu pozostać oferty innych Wykonawców, w stosunku do których ziściły się przestanki odrzucenia, skoro oferty części Wykonawców zostały już odrzucone. Generalnie dlatego, że zastosowanie lub nie procedury odwróconej może mieć wpływ na ustalenie rankingu ofert, jeżeli odrzucenie oferty danego Wykonawcy powoduje zmianę sposobu przyznania punktacji pozostałym Wykonawcom. Co prawda w tym stanie faktycznym tak nie jest, to jednak nie zwalnia Izby od konieczności nakazania Zamawiającemu działania zgodnego z przepisami Pzp, skutkującego odrzuceniem oferty drugiej i trzeciej, z racji ziszczenia się przesłanek odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 24.06.2019 r., sygn. akt II Ca

928/19: (...) *Procedura odwrócona, jaką zastosował Zamawiający, różni się zatem od procedury klasycznej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich czynności na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Czynności dokonywane przez zamawiającego oraz uczestników postępowania pozostają ze sobą w ścisłym związku. Na zamawiającym spoczywa kategoryczny obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis art. 89 ust. 1 ustawy, którego naruszenie zarzucał Odwołujący przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter normy ius cogens (...).*

Art. 25 ust. 1

62. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1177/20

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego warunki pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przy czym zamawiający, formułując swoje wymagania, winien to uczynić w sposób jasny i precyzyjny, tak aby wykonawcy weryfikujący, czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający, będąc dysponentem środków publicznych na realizację określonego celu, jest odpowiedzialny za przygotowanie postępowania przetargowego i wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Weryfikacji rzetelności i doświadczenia poszczególnych wykonawców służą co do zasady sprecyzowane przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdolności technicznych czy zasobów osobowych niezbędnych do realizacji zamówienia. Następstwem ustalenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu jest konieczność wskazania, jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełniania określonego warunku. W tym zakresie ponownie zamawiający, mając na uwadze przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów, zobowiązany jest do określenia i sprecyzowania sposobu, w jaki wykonawcy winni wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy zamawiający winien wskazać katalog środków dowodowych służących weryfikacji poszczególnych wykonawców pod kątem ich doświadczenia i zdolności do realizacji zamówienia. Przy czym zaznaczenia wymaga, że określony w SIWZ sposób weryfikacji warunków udziału w postępowaniu jest wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przyjęty przez zamawiającego katalog środków dowodowych podlega weryfikacji przez wykonawców na etapie publikacji SIWZ. Wykonawcy mają możliwość zaskarżenia przyjętych procedur przez zamawiającego poprzez skorzystanie ze środków

ochrony prawnej bądź też akceptacji reguł określonych przez zamawiającego. Finalne ustalone postanowienia SIWZ, w tym zasady weryfikacji spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, winny być stosowane przez zamawiającego na etapie badania i oceny wykonawców i ich ofert, stosując owe zasady w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny.

63. Wyrok z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 997/20

Jak stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. (...) Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie takich oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązany jest wskazać, jakich konkretnie dokumentów żąda i w jakim celu. Szczegółowy katalog dokumentów, których może domagać się Zamawiający, został określony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, na który powołał się Odwołujący, w istocie daje Zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów takich jak koncesje, zezwolenia, licencje lub dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych. Niemniej

dokumentów takich Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a zarówno te warunki, jak i dokumenty mające potwierdzać ich spełnienie powinny zostać wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Jak wynika bezspornie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie postawił żadnego warunku w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt. 7.2 ppkt 1 IDW), brak było więc podstaw do wymagania od Przystępującego złożenia dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru BDO, a w konsekwencji nie było także podstaw do wzywania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia takiego dokumentu. Takie żądanie wykraczałoby poza ramy określone postanowieniami SIWZ, które wiążą nie tylko wykonawców biorących udział w postępowaniu, ale także Zamawiającego, a stosowanie się do nich stanowi jedną z gwarancji realizacji zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Skoro Zamawiający nie wymagał legitymowania się przez wykonawców na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia tego rodzaju zezwoleniami, to brak jest podstaw wzywania go do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, a tym bardziej do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który na moment składania oferty takimi zezwoleniami nie dysponuje. W konsekwencji załączone do odwołania dowody, mające służyć potwierdzeniu braku posiadania przez

Przystępującego stosownych zezwoleń (...), nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia

64. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1428/20

Z powyższego wynika, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego kosztorys co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno-pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty, zaś zamawiający może wykorzystać go do oceny prawidłowości ceny oferty. Wykonawca jednak samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie, biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, i postanowieniami projektu umowy. W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części, np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również te pozycje, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO 1439/09, wyrok KIO 899/08).

Art. 26 ust. 3**65. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 430/20**

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie podziela stanowisko wyrażone w piśmiennictwie i doktrynie, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia. Treść wezwania Zamawiającego była jasna, nie wymagała dodatkowej interpretacji, co oznacza, że jeżeli Konsorcjum przedstawiło wadliwy dokument, nie może liczyć na następne wezwanie. Takie działanie należałoby uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

66. Wyrok z dnia 1 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 815/20

Należy zauważyć, że referencje są wystawiane wykonawcy określonego zadania niekoniecznie na potrzeby ubiegania się przez niego o inne konkretne zamówienie i w związku z tym nie muszą obejmować wszystkich tych informacji, które są niezbędne do potwierdzenia konkretnego warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że referencje mogą być sformułowane ogólnie i nie zawierać określonych informacji, które są wymagane dla spełnienia konkretnego warunku. Przykładowo referencje mogą nie zawierać wskazania wartości konkretnego elementu robót budowlanych czy

konkretnej ilości jakiegoś wyodrębnionego elementu z danego zadania. W takiej sytuacji rzeczywiście uznaje się, że zamawiający powinien oprzeć ocenę spełniania warunku na informacjach zawartych w wykazie robót/usług/dostaw, zaś z referencji czerpać wiedzę wyłącznie co do tego, czy wykazane zadanie zostało wykonane należycie. Należy jednak odróżnić sytuację, gdy referencje nie zawierają w ogóle określonych informacji potrzebnych do potwierdzenia spełniania warunku, od sytuacji gdy referencje zawierają informacje podważające spełnienie przez wykonawcę tegoż warunku. Innymi słowy: od sytuacji wystawienia ogólnych referencji należy odróżnić sytuację, gdy referencje zawierają określone informacje, ale są one sprzeczne z wymaganiami wskazanymi w opisie warunku lub z informacjami zawartymi w wykazie robót/usług/dostaw. Takiej sprzeczności zamawiający nie może ignorować i udając, że jej nie widzi, oprzeć ocenę spełniania warunku wyłącznie na treści wykazu. Dostrzegając taką sprzeczność, zamawiający powinien, w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych, zastosować wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp albo zastosować oba te przepisy i najpierw wezwać wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie – jeśli zajdzie taka potrzeba – wezwać go jeszcze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

67. Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt 1115/20

Dodatkowo należy wyjaśnić, że uzupełnienie/poprawienie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może prowadzić do „wymiany”

określonej informacji lub całego dokumentu (w zakresie wynikającym z art. 25 ust. 1 lub art. 25a ust. 1 ustawy Pzp) na inny, tym razem poprawny. Przykładowo, wykonawca, który wskazał jako doświadczenie usługę niespełniającą warunku udziału w postępowaniu, może w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „wymienić” wykaz usług lub określoną jego część na nową – w celu wskazania innej usługi i dopiero po takim uzupełnieniu/poprawieniu zamawiający może ocenić, czy zachodzą podstawy do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podobna sytuacja dotyczy dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty wymagań określonych przez zamawiającego. Jeżeli pierwotnie wykonawca zawarł dane niepotwierdzające spełniania wymagań, wykonawca może je uzupełnić/poprawić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie nowych. Należy jednak podkreślić, że chodzi tylko o takie oświadczenia lub dokumenty i zawarte w nich wymogi, które objęte są normą art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazano już wyżej, w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że wymagana data rejestracji pojazdów ma charakter wymogu, o którym mowa w ww. przepisie, co oznacza, że informacja w tym zakresie mogła być uzupełniona/poprawiona w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

68. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1364/20

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający także musi stosować się do reguły możliwości jednokrotnego wzywania do uzupełnień oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba podkreśla,

że przepis art. 26 ust. 3 Pzp jest wyjątkiem od reguły jednoczesnego składania ofert przez wszystkich wykonawców do momentu upływu terminu składania ofert, zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Dlatego postanowień art. 26 ust. 3 Pzp dotyczących uzupełnień oferty po upływie terminu składania ofert nie wolno interpretować rozszerzająco, a należy je stosować ściśle.

Izba stwierdza, że wykonawcy, a w tym odwołujący, powinni byli złożyć ofertę wraz z odpowiednimi załącznikami do upływu terminu składania ofert, zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp i tak też w rozpoznawanym postępowaniu się działo. Ponadto w rozpoznawanym przypadku wykonawcy mieli możliwość jeszcze uzupełnienia swoich ofert na podstawie wezwania zgodnego z art. 26 ust. 3 Pzp. Ponowne wezwanie do uzupełnienia ofert dałoby wykonawcom możliwość złożenia pewnych elementów oferty po raz trzeci, a to już nie może być zaaprobowane przez Izbę jako działanie bez podstaw prawnych.

Ponadto Izba stwierdza, że próbkę, instrukcję jak stosować próbkę lub hasło konieczne do zapoznania się z funkcjonowaniem próbki należy traktować jako jedność, gdyż każdy z tych elementów brany oddzielnie nie spełniałby funkcji, dla której był zażądany w SIWZ, czyli wykazania, jak działa próbka, a więc czy będzie ona spełniać wymagania postawione w SIWZ i czy próbkę konkretnego wykonawcy będzie można porównać do innych próbek w zakresie porównywalności ofert. Z tych przyczyn zamawiający nie może żądać

po raz kolejny uzupełnienia oferty o elementy żądane wcześniej przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

69. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt 2130/20, KIO 2132/20

Nie można też w tym miejscu zgodzić się z odwołującymi, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako „inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania”. Ustawodawca nie wskazał, o jakie dokumenty chodzi w tym sformułowaniu, niemniej jednak nie można przyjmować szerokiej jego interpretacji, gdyż prowadziłoby to do sytuacji, w której w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp możliwe byłoby uzupełnianie wszelkich dokumentów, także takich, których brak stanowi np. podstawę do odrzucenia oferty. Każdy bowiem dokument co do zasady, jeśli jest żądany przez zamawiającego, może być uznany za niezbędny do przeprowadzenia postępowania, a tym samym stosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musiałoby mieć zasięg nieograniczony. Dlatego też, w ocenie Izby, pojęcie „innego dokumentu”, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy odnosić do oświadczeń i dokumentów związanych z potwierdzaniem okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 i w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast ww. oświadczenia, wymagane przez zamawiającego w formularzu wniosku, takich okoliczności nie potwierdzają. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że nie mogą być one uzupełnione w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

70. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20

Użyte w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp słowo „wzywa” rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania czynności, wezwania do uzupełnienia dokumentów, do których ww. przepis się odnosi. W zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie może więc być dowolności i uznaniowości. Z przepisu tego wynika, iż aby zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie trzy przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić, że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń lub złożone dokumenty/oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Po drugie, należy ustalić, czy brakujące lub wadliwe oświadczenia/dokumenty przynależą do kategorii oświadczeń w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp lub oświadczeń/dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy stanowią oświadczenia/dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego lub też brak podstaw wykluczenia. Po trzecie, konieczne jest zbadanie, czy żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń/dokumentów jest zasadne, czy też pomimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia

wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W niniejszej sprawie spór powstał na kanwie charakteru dokumentów, żądanych przez zamawiającego, tj. kart katalogowych producenta/ulotek producenta/kart technicznych producenta. Izba wskazuje, że istnieją sytuacje, gdy dokumenty potwierdzające parametry oferowanego zamówienia z uwagi na ich zakres mogą stanowić merytoryczną treść oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia wtedy, gdy konkretyzują one oferowany przedmiot (dostawę, usługę lub robotę budowlaną). Jednakże dokumenty te mogą być także żądane jedynie w celu zweryfikowania, czy oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania. Charakter żądanych dokumentów powinien być jednoznacznie określony w SIWZ przez Zamawiającego. Bowiem niezłożenie dokumentów, stanowiących treść oferty oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, rodzi różne skutki prawne. Dokumenty stanowiące treść oferty, a więc takie które charakteryzują oświadczenie woli wykonawcy wyrażające się jako jego zobowiązanie do spełnienia świadczenia w określony sposób i za konkretną cenę, nie podlegają uzupełnieniu i zmianie, oczywiście z uwzględnieniem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Braki lub błędy w tych dokumentach, których nie będzie można usunąć w trybie poprawienia omyłek, będą więc co do zasady przesądzały o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Z kolei dokumenty, których

zamawiający żąda na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowią treści oferty. W przypadku braków lub błędów w tych dokumentach zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdzi uprzednio złożone oświadczenie.

71. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2095/20

Podkreślenia również wymaga, że w rozpoznawanej sytuacji wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. XXX dopuściło się bowiem wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO

z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust. 4

72. Wyrok z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1229/20

Izba zgodziła się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie było podstaw do wyjaśniania treści przedmiotowego zobowiązania co do wskazanego w nim okresu, gdyż oświadczenie było jasne – choć błędne merytorycznie. Tym samym owo żądanie wyjaśnienia *de facto* musiałoby być nowym wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, a nawet – zmiany jego treści, a wyjaśnienie wykonawcy wskazujące na okres dłuższy/inny niż „około 3 miesiące”, byłoby zmianą tej treści, czyli dodatkowym uzupełnieniem. Jest to niedopuszczalne na gruncie interpretacji przepisów o uzupełnianiu dokumentów, dokonywanych czy to na gruncie krajowym odnośnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy unijnym – przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który bardzo restrykcyjnie podchodzi do kwestii zmiany treści oferty po jej złożeniu (zarówno dokumentów przedmiotowych, jak i podmiotowych), nie dopuszczając możliwości zmiany czy negocjacji treści oferty (zasada wyrażona w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jak wskazał Trybunał

Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, dotyczącej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadę równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty.

W okolicznościach faktycznych sprawy wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – i akceptacja wyjaśnień zmieniających zakres zobowiązania pana XXX – byłaby faktycznie nie tylko nowym wezwaniem do uzupełnienia dokumentu zastępującym (powielającym) wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz też negocjowaniem treści oferty, bowiem samo zobowiązanie nie jest wadliwe w znaczeniu braków, złych sformułowań czy innych błędów, lecz nie odpowiada swoim zakresem wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 26 ust. 6**73. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 439/20**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wybranego wykonawcę warunku doświadczenia, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r., poz. 700, 730, 848 i 1590). W art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostały wymienione m.in. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z powyższych przepisów wynika zatem, że jeśli zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził powyższe rozwiązanie w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać w sytuacji, gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego. Rozwiązanie to ma zatem na celu odbiurokratyzowanie procedur zamówień

publicznych i ułatwienie wykonawcom ubiegania się o zamówienia publiczne.

W niniejszej sprawie nie sposób nie zauważyć, że usługa, którą wybrany wykonawca wskazał w wykazie usług, była wykonywana na rzecz zamawiającego prowadzącego niniejsze postępowanie. Tym samym zamawiający posiadał wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i posiadał dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych przez siebie przelewów wynagrodzenia na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur. W tej sytuacji nie było potrzebne przedstawianie zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie zamawiający. Niecelowe byłoby w tym stanie rzeczy zwracanie się przez wykonawcę do zamawiającego o wystawienie referencji tylko po to, aby następnie temu samemu zamawiającemu przedstawiać te same, wystawione przez niego samego referencje. Temu właśnie służy wprowadzenie art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, aby takich wyłącznie formalnych, niepotrzebnych czynności, wykonawcy nie musieli wykonywać.

W przedmiotowej sprawie oznacza to, że skoro wybrany wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż zamawiający był w posiadaniu takich dokumentów i nie kwestionował prawidłowości wykonania tej usługi. W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego

wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi.

Art. 29 ust. 2

74. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 676/20

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29–31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia.

Odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. W wyroku KIO/UZP 434/09 wskazano, że „Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych

wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”. Z powyższego wynika *a contrario*, że (...) – pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji – zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

75. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 665/20

(...) Za wykazaną przez Odwołującego Izba uznała okoliczność, że wymóg realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem infrastruktury kablowej stanowi ograniczenie konkurencji w stopniu, na jaki nie pozwala ustawa Pzp. W przedmiotowej sprawie przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany przez Odwołującego przez budowę własnej infrastruktury, na co nie pozwala termin rozpoczęcia realizacji usługi ustalony przez Zamawiającego bądź przez dzierżawę łączy, w których posiadaniu jest XXX. Izba stwierdziła, że nie można

mówić o zachowaniu konkurencji w postępowaniu w sytuacji, gdy jedna z firm może bez dodatkowych nakładów podjąć się realizacji zamówienia, pozostałe zaś uzależnione są od wyceny dzierżawy infrastruktury przez XXX i woli jej udostępnienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie jest oczywiste, że XXX wyrazi wolę udostępnienia instalacji, bowiem jak wynika z korespondencji Odwołującego z XXX złożonej przez Odwołującego na rozprawie, wykonawca ten odmówił współpracy na okres 6 miesięcy (korespondencja elektroniczna z dnia 5 czerwca 2020 r.). Izba zważyła ponadto, że w sytuacji, gdy jeden wykonawca posiada infrastrukturę, do której dostęp jest niezbędny innym wykonawcom, aby mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, wykonawcy temu pozostawiona jest zbyt duża swoboda w kształtowaniu ceny za taką usługę. Powyższe ma tym większe znaczenie, że XXX, tj. podmiot posiadający infrastrukturę kablową niezbędną do realizacji przedmiotowego zamówienia, jako wykonawca ubiegający się o to zamówienie, nie będzie zainteresowany udostępnieniem ww. infrastruktury za cenę korzystną dla Odwołującego, bowiem zmniejszałoby to szansę XXX na pozyskanie zamówienia. Wyżej wymienione okoliczności skutkują uznaniem, że w przedmiotowym postępowaniu nie została zachowana realna konkurencja.

76. Wyrok z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 786/20

(...) zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań

w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego, co zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji. Tym bardziej nie można utożsamiać z takim naruszeniem sytuacji, w której wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami zamawiającego, ale zaoferowanie innych produktów pozwoliłoby na złożenie korzystniejszej (np. bardziej konkurencyjnej cenowo) oferty.

77. Wyrok z dnia 4 września 2020 r., sygn. akt KIO 1873/20

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazane jest takie opisywanie przedmiotu zamówienia, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Opisanie przedmiotu zamówienia jest zatem jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem zamawiającego, który musi pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić w SIWZ swoje wymagania, z drugiej uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Podkreślić należy jednak, że poszanowanie tych zasad nie oznacza, że zamawiający nie ma uprawnienia do żądania dostarczenia takich produktów czy usług, które nie zaspokajają jego wymagań w zakresie jakości, kierując się wyłącznie okolicznością, aby jak największa liczba wykonawców mogła złożyć ofertę w postępowaniu. Innymi słowy zamawiający ma prawo nabyć w ramach zamówienia publicznego przedmiot wysokiej jakości, jeśli jest to uzasadnione zobiektywizowanymi czynnikami i okolicznościami. Nie ulega wątpliwości, że określenie owych wysokich wymagań, może spowodować, że niektóre podmioty oferujące na rynku produkty nieposiadające określonych cech czy parametrów, czy też jak w niniejszym przypadku nieposiadające certyfikatów określonej klasy, nie będą w stanie złożyć oferty w postępowaniu. Nie przesądza to jednak, że w postępowaniu została naruszona zasada uczciwej konkurencji, odnosząca się do zasad przygotowania i prowadzenia postępowania. Nie jest bowiem tak, że zamawiający ma obowiązek, przygotowując postępowanie,

umożliwić złożenie oferty każdemu podmiotowi funkcjonującemu na rynku, który twierdzi, że jego produkt jest odpowiedniej jakości i spełniłby wymagania zamawiającego w stopniu równym wymaganemu. W niniejszej sprawie odwołujący powołuje się na taką właśnie okoliczność, pomijając zupełnie fakt, że posiadanie przez monitor certyfikatu klasy drugiej oznacza, że procedurę oceny zgodności przeprowadza jednostka notyfikowana. Stanowi to gwarancję dla zamawiającego, że dostarczony produkt spełnia w najwyższym stopniu parametry jakościowe, które są przez producenta deklarowane. Nie można w tym przypadku pomijać kwestii najistotniejszej, że urządzenia te same w sobie, jak też urządzenia z nimi współpracujące, mają służyć ochronie zdrowia i życia pacjentów. Jak zwrócił uwagę zamawiający dopuszczenie w tym przypadku monitorów – posiadających certyfikat klasy pierwszej, gdzie oświadczenie o spełnianiu wymagań pochodzi od samego producenta, a więc zainteresowanego sprzedażą danego produktu – rodzi zbyt duże ryzyko dopuszczenia do stosowania takiego produktu, który nie daje gwarancji co do tego, że deklarowane wymagania spełnia.

Ponownie należy podkreślić, że zamawiający ma prawo, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości, która wydaje się wyższa niż standardowa albo żądać, aby wymagane parametry były wyższe niż przeciętne. Warunkiem jest jednak, aby zamawiający był w stanie swoje wymagania uzasadnić okolicznościami obiektywnymi, a zatem wykazać swoje rzeczywiste i faktyczne potrzeby, zarówno co do parametrów technicznych, jak i wymagań odnoszących się do jakości. (...) Dla

stwierdzenia bowiem takiego naruszenia zawsze konieczne jest bowiem zbadanie jaki jest kształt danego rynku, którego dotyczy dane zamówienie, zbadanie skutków jakie powstaną poprzez sformułowanie opisu w określony sposób w postaci ilości potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o dane zamówienie – mając oczywiście na względzie wagę potrzeb zamawiającego w tym właśnie aspekcie i czemu w istocie dane ograniczenie służy. (...) Zamawiający szczegółowo wyjaśnił, że metoda obrazowania, która będzie przez niego wykorzystywana w medycynie nuklearnej jest nazywana scyntyografią. W niej oprócz ilościowego określenia gromadzenia się znacznika, oznacza się również miejsce jego gromadzenia. W celu dokładnej lokalizacji gromadzenia się tego znacznika w poszczególnych anatomicznych obszarach człowieka stosuje się technikę fuzji obrazu, czyli nakładania obrazu uzyskanego w scyntygrafii na obrazy otrzymywane w tomografii komputerowej lub rezonansu magnetycznego. Stąd badania takie muszą być przeprowadzane w oparciu o zastosowanie odpowiedniego oprogramowania oraz na monitorach klasy IIb. (...) Jak stwierdził zamawiający monitory, które są częścią tego systemu, muszą zatem spełniać wymagania, które pozwolą na zapewnienie jak najlepszej kompatybilności z aparaturą do badań i jej oprogramowaniem, co bezpośrednio przekłada się na trafność stawianych diagnoz i uniknięcie błędów medycznych. W ramach systemu zamawiane są zatem monitory, ale te wykorzystywane będą do wyświetlania danych, w tym zdjęć i obrazów, z diagnostycznej aparatury radiologicznej zaszeregowanej do klasy II wyrobów medycznych. Podstawowym zatem celem zamawiającego,

zmierzącego do zapewnienia monitorów klasy II, a nie klasy I, jest pełne wykorzystanie możliwości aparatury diagnostycznej i jej oprogramowania. Monitor, jak podkreślił zamawiający, odgrywa bowiem decydujące znaczenie przy przełożeniu badania na wyświetlany obraz, który – aby mógł zostać właściwie odczytany – musi być najwyższej jakości i wyświetlony na certyfikowanym sprzęcie. Niezależnie bowiem od tego jak wysokiej klasy jest sprzęt i oprogramowanie zakupione przez zamawiającego, równie ważnym jest, aby końcowy wynik ich pracy został wyświetlany na monitorze o jakości odpowiadającej jakości tych urządzeń. To bowiem obraz stanowi podstawę dla dokonywanej diagnozy końcowej.

Art. 29 ust. 3a

78. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 313/20 i KIO341/20

Przepis art. 29 ust. 3a ustawy wskazuje jaki element opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek zawrzeć w siwz, jeśli wymaga wykonania czynności wpisujących się w zakres czynności odpowiadających stosunkowi pracy. Jeśli takie czynności są niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest wymagać od wykonawców wykonania tych czynności za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę. Tym samym z chwilą określenia przez zamawiającego czynności, których wykonanie wpisuje się w kodeksowe rozumienie stosunku pracy z art. 22 par. 1 KP, to to określenie staje się elementem

opisu przedmiotu zamówienia, któremu musi opowiadać oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia. Inaczej mówiąc, zaoferowanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że określone przez zamawiającego czynności będą wykonywane przez osoby na podstawie innych umów niż umowa o pracę będzie stanowiło o sprzeczności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego wpisanymi w opis przedmiotu zamówienia. Tym samym w ocenie Izby niezaoferowanie wykonania wskazanych w siwz czynności przez osoby zatrudnione na umowę o pracę powoduje, że w odniesieniu do tych czynności wykonawca oferuje inny sposób wykonania zamówienia niż żądany przez zamawiającego. Należy bowiem pamiętać, że stosunek pracy daje zamawiającemu większą gwarancję trwałości zatrudnienia, a także odpowiedzialności pracodawcy za pracownika, niż na gruncie umów cywilnoprawnych, co oznacza, że zamawiający może być żywotnie zainteresowany w określeniu właśnie takiego sposobu wykonania umowy. Nie można także pominąć aspektu społecznego jaki przyświecał w wprowadzeniu przepisu art. 29 ust. 3a do ustawy, tj. zapobiegania tzw. umowom śmieciowym. Izba zatem stoi na stanowisku, że co do zasady niezaoferowanie wykonania zamówienia przez osoby zatrudnione na umowę o pracę przy tych czynnościach, przy których zamawiający tego wymagał, stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz.

79. Wyrok z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 928/20

Art. 29 ust. 3a pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. (...) Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 8a pzp w takim przypadku specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać określenie w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia, czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być

wykonywane w ramach stosunku pracy, czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od określenia w specyfikacji co najmniej zagadnień, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a pzp. Co istotne zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy pzp z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 1 pzp.

80. Wyrok z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1398/20

Reasumując, Izba stwierdziła, że zakres obowiązków określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dla ratowników medycznych jako teleopiekunów nie wskazuje na to, że czynności te muszą być wykonywane na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, gdyż z uwagi na brak cechy podporządkowania tych osób kierownictwu wykonawcy przy zdalnym udzielaniu świadczeń medycznych w sposób samodzielny, samo wiążące określenie miejsca

wykonywania tych czynności nie jest wystarczające dla stwierdzenia konieczności pozostawania tych osób w stosunku pracy z wykonawcą, który może zapewnić funkcjonowanie teleopieki w wymaganym wymiarze czasowym przez zatrudnienie odpowiedniej liczby ratowników medycznych na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Powyższe ustalenia zostały poczynione wyłącznie na potrzeby rozpatrywanej sprawy, w której Zamawiający nie przedstawił żadnych istotnych i konkretnych argumentów związanych z opisem przedmiotu zamówienia, które świadczyłyby o tym, że wykonywanie czynności teleopiekunów przez ratowników medycznych wykazuje łącznie wszystkie cechy stosunku pracy (a wręcz oczywiście błędnie wskazując jako argument istnienie funkcji operatora technicznego, dla której de facto, wg przywołanych powyżej postanowień, nie zastrzegł wymogu pozostawania w stosunku pracy z wykonawcą lub podwykonawcą). (...) Z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia, czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia, z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy, powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy, czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od

określenia w specyfikacji co najmniej zagadnień, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a pzp. Co istotne zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy pzp z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 1 pzp.

Art. 30 ust. 5

81. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1793/20

Konsekwencją opisu przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie równoważności stało się zatem poddanie wykonawców normie art. 30 ust. 5 ustawy, który stanowi „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego”. Przepis ten nakłada obowiązek dowodowy na wykonawcę i dopuszcza wszelkie środki dowodowe umożliwiające wykazanie zamawiającemu, że oferowany produkt jest równoważny wskazanemu przez zamawiającego, w takim zakresie, w jakim zamawiający wymagał. W ocenie Izby katalog środków

dowodowych jest nieograniczony, także wskazanie przez zamawiającego w siwz jakich dokumentów oczekuje w celu wykazania równoważności jest dopuszczalne, ale nie ogranicza wykonawcy w dowodzeniu, jak i brak takiego wskazania, nie może w ocenie Izby zwalniać odwołującego z obowiązku wynikającego z art. 30 ust. 5 ustawy. Co więcej rzeczywiście, jeśli zamawiający wskaże jakie dokumenty ma wykonawca złożyć na potwierdzenie równoważności, to jest tym katalogiem związany, ale w ocenie Izby taki katalog nie wiąże wykonawcy, który może uznać, że żądana przez zamawiającego np. karta katalogowa nie wykaże wszystkich wymagań zamawiającego, a pełne udowodnienie umożliwi dokumentacja techniczna lub kombinacja kilku dokumentów, które jako całość dadzą pełen obraz równoważności. To wykonawca, który oferuje dany produkt, powinien wiedzieć, jakie dowody pozwolą mu wykazać, że wymagania zamawiającego spełnia. Może być to karta katalogowa, dokumentacja techniczna, ale może się okazać, że przy rozwiązaniach innowacyjnych w szczególności potrzebne będzie przedstawienie koncepcji czy wręcz złożenie próbki do prezentacji, a nawet opinia biegłego czy wyniki badań akredytowanych jednostek. Tym samym fakt, że zamawiający nie określił dokumentów, jakich żąda na potwierdzenie równoważności, nie może stanowić o tym, że zamawiający nie dokona badania oferty pod kątem wykazania równoważności. Nie jest to usprawiedliwienie dla zamawiającego dla zaniechania takiego badania.

W przedmiotowym stanie faktycznym przystępujący podał nazwę systemu oferowanego i złożył oświadczenie, że spełnia on

wymagania siwz, ale w ocenie Izby nie można uznać tego za wystarczające dla ustalenia, że przystępujący wykazał równowagę w zakresie funkcjonalności systemu. Zamawiający na podstawie tego oświadczenia, nie posiadając wglądu do dokumentacji technicznej systemu, na pytanie, czy system realizuje którąś z wymienionych w pytaniu 34 funkcjonalności i w jaki sposób – musiałby bowiem odpowiedzieć, że tego na podstawie oferty nie wie. W konsekwencji zamawiający nie może zweryfikować prawdziwości tego oświadczenia ani ustalić, jak dane funkcjonalności są przez system realizowane i w jakim stopniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby równowaga jest elementem treści oferty wykonawcy, zatem jej wykazanie musi mieć miejsce wraz z ofertą. Nie są to dokumenty określone w katalogu par. 13 cyt. wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów, tym samym to, czy zamawiający żądał dokumentów przedmiotowych na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy jest irrelevantne dla rozstrzygnięcia. Jeśli zaś dowody wykazania równowagi stanowią treść oferty, to po upływie terminu składania ofert nie mogą być uzupełniane ani składane. Jeśli wykonawca złożyłby jakieś dowody wraz z ofertą, a budziłyby one wątpliwości zamawiającego, co do sposobu czy zakresu realizacji danego wymagania, to w ocenie Izby możliwe byłoby ewentualnie wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, o ile oczywiście nie prowadziłyby do zmiany treści oferty.

Art. 36 ust. 1 pkt 16**82. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1608/20**

Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 1 k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Wykonawca składając ofertę, musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę oferty. Składając ofertę, wykonawca ma możliwość zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. (...) Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma bowiem charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353 1 Kodeksu cywilnego oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13), dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego, znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Zauważyć również należy, że w przypadku umowy

o zamówienie publiczne kara umowna może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych, co może godzić w interes publiczny, wynikający z celu danego postępowania. W ocenie proporcjonalności wysokości tej kary dla wykonawcy w ramach danego stosunku zobowiązaniowego należy wziąć pod uwagę znaczenie określonych obowiązków obwarowanych karą dla realizacji umowy i uzyskania prawidłowego efektu końcowego zawartej umowy.

W ocenie Izby jest dopuszczalne także zastrzeżenie kary umownej w sytuacji, gdy szkoda w formie materialnej nie występuje. Szkoda może bowiem mieć wymiar materialny, ale także niematerialny. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. akt sprawy: CZP 61/03 wskazał, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania powoduje szkodę dla wierzyciela i stanowi naruszenie jego interesów majątkowych. W przypadku zaś zamówień publicznych godzi to dodatkowo w interes publiczny. W systemie zamówień publicznych kara umowna pełni szczególną rolę prewencyjną, zabezpieczając interes publiczny, więc jej wysokość powinna być na tyle uciążliwa dla dłużnika, aby zniechęcała do lekceważenia obowiązków umownych przez wykonawcę. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika zatem w głównej mierze z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Ponadto o rażąco wygórowanej karze umownej można mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku

z którym ją przewidziano (tak np. wyrok SN z dnia 20 maja 1980 r., sygn. akt. I CR 229/80).

83. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1960/20

Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, że Odwołujący dąży do doprowadzenia do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla niego, niezależnie od potrzeb Zamawiającego, z pominięciem zdolności i potencjału innych wykonawców. Przecież właśnie inni wykonawcy zgodnie popierali zarzuty odwołania, wskazując na nierealność ustalonych terminów. W ocenie Izby to raczej Zamawiający nie wykazał, iż takie ukształtowanie terminu jest uzasadnione szczególnymi potrzebami Zamawiającego. W tej materii nie przedstawiono ani argumentacji, ani materiału dowodowego. Choć Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, to z uprawnienia tego nie można korzystać w sposób nadmierny. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego,

a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawców funkcjonujących na danym rynku oraz ciążących na nich obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Potrzeby te nie mogą jednak prowadzić do preferowania tylko jednego rozwiązania systemowego, podczas gdy na rynku dostępnych jest wiele, funkcjonalnie zbieżnych rozwiązań, które może zaoferować nieograniczony krąg wykonawców.

84. Wyrok z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 1877/20

Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru

kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia postanowień umowy nie doznaje pewnych ograniczeń – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości – naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego), i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Tym samym w przypadku, gdy zamawiający konstruuje wzór umowy w sposób sprzeczny z tymi zasadami, Izba może orzec o naruszeniu przez niego przepisów Pzp. W niniejszej sprawie skład orzekający Izby doszedł jednak do przekonania, że zamawiający nie przekroczył granic swobody umów, wyznaczonej przez zasady współżycia społecznego, konstruując kwestionowane przez odwołującego postanowienia § 5 i § 10 wzoru umowy. (...) W opinii składu orzekającego z przytoczonej powyżej definicji napraw istotnych można ustalić co zamawiający rozumie pod określeniem wady, do której odnosi się ust. 7 z § 10

wzoru umowy. Z definicji tej wynika, że zamawiający zakłada wystąpienie różnych rodzajów wady, a główny nacisk przy uznaniu wady będzie kładł na jej wpływ na użyteczność całej rzeczy. Ponadto zamawiający używa tam określenia wady istotnej, za którą uzna również wady, której przedmiotem naprawy będzie wielość drobnych wad zmniejszających użyteczność całej rzeczy. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że wady, o których mowa w ww. ust. 7, nie odnoszą się do wad drobnych (nieistotnych) chyba, że ich liczba spowoduje zmniejszenie użyteczności całej rzeczy.

Art. 36aa

85. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 1871/20, KIO 1908/20

(...) przepis art. 5b pkt. 2 zakazuje podziału zamówienia w celu obejścia łącznego szacowania ich wartości. Natomiast z art. 5f wynika, że przedmiot zamówienia może nie być podzielony ze względów technologicznych, organizacyjnych, ekonomicznych czy celowościowych, a czytając przepis art. 5g ustawy, to brak podziału zamówienia musi być obiektywnie uzasadniony. I wreszcie z art. 36aa ust. 1 ustawy przyznaje zamawiającemu uprawnienie do podziału zamówienia na części. W ocenie Izby zatem dokonanie podziału zamówienia zależy od woli zamawiającego i jedyną przeszkodą jest zakaz obejścia stosowania przepisów ustawy. Dlatego nie jest przeszkodą dla podziału zamówienia nawet, jeśli zamawiający z obiektywnych powodów, np. technicznych czy technologicznych

lub organizacyjnych, mógłby udzielić jednego zamówienia. Fakt, że takie powody istnieją nie powoduje sam z siebie, że przedmiot nie jest podzielny, co próbował twierdzić odwołujący XXX.

Niewątpliwie każda część zamówienia może być uzyskana w drodze dwóch odrębnych umów. Natomiast istotą sprawy jest to, czy możliwość wykonania umów odrębnie zakazuje analizy, czy dana część zadania zaspokaja interes publiczny, dla którego prowadzone jest postępowanie samodzielnie, czy też jest tak jak twierdzi zamawiający, że interes publiczny może być zaspokojony tylko przy realizacji obu części zamówienia.

Interes publiczny posiada swoją definicję legalną w ustawie o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2018 r. Nr 1945 ze zm.). Zgodnie z tą definicją przez interes publiczny należy rozumieć uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym (art. 2 pkt 4). Oczywiście w przedmiotowej sprawie interes publiczny będzie związany z zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Z tego względu Izba uznała za konieczne ustalenie celu, w jakim zamawiający w ogóle zamierza zrealizować zamówienie w obu częściach, stąd Izba w ustaleniach stanu faktycznego badała umowę o dofinansowanie oraz PFU. (...) Izba dała wiarę w ustaleniach stanu faktycznego, że o ile oba zadania mogą być realizowane przez różne podmioty, to dla osiągnięcia założonych celów projektu konieczne jest wykonanie zadania 1. Bez jego wykonania wykonanie zadania 2 nie doprowadzi lub doprowadzi w mniejszym niż założony stopniu

do realizacji celu zamówienia. Odwołujący XXX poza polemiką dotyczącą kwestii podzielności zamówienia nie wdał się w merytoryczny spór, co do możliwości osiągnięcia celów projektu, na które wskazał w uzasadnieniu unieważniania zamawiający, a które w ocenie Izby potwierdza zarówno umowa o dofinansowanie, jak i PFU. Okoliczność dopuszczalności podziału zamówienia na części nie była przedmiotem zarzutów na etapie przed upływem terminu do składania ofert. Tym samym Izba nie dopatrzyła się niezgodności z ustawą w czynności unieważnienia postępowania w zadaniu 2.

Art. 38 ust. 4

86. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1349/20

Warto przy tym wskazać, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni tak długo, aż przyniesie to efekt – proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie poprzez fakt, że – jak wskazano powyżej, zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Na późniejszym etapie możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią, konieczną dla wypełnienia istniejącej tam luki. Absolutną barierą na uzupełnienie dokumentacji postępowania jest upływ terminu na składanie ofert i jakiegokolwiek późniejsze rozszerzenie treści SIWZ jest niedopuszczalne.

87. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20

Odwołania zostały wniesione wobec zmiany postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zatem ocena tych czynności zamawiającego powinna uwzględniać w pierwszej kolejności stosowne przepisy ustawy. Art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 4a Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną stosownie do wartości zamówienia. Do zmiany ogłoszenia o zamówieniu odnosi się również art. 11c zdanie pierwsze Pzp, zgodnie z którym zamawiający może zmienić ogłoszenie, zamieszczając sprostowanie lub ogłoszenie zmian. Przepisy te czytane łącznie prowadzą do wniosku, że – szczególnie w sytuacji, gdy zmiana SIWZ pociąga za sobą konieczność zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu – przepisy ustawy dotyczące zmiany ogłoszenia wskazują jedynie na obowiązek dokonania zmian ogłoszenia oraz sposób ich upublicznienia.

Art. 38 ust. 4 Pzp nie ogranicza przedmiotowo możliwości zmiany SIWZ. Zamawiający jest zatem uprawniony do tego, by dokonać zmiany SIWZ nie tylko w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, co najczęściej występuje w praktyce, ale również w odniesieniu do pozostałych informacji mających znaczenie dla możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia i przygotowania oferty. Potwierdza to brzmienie art. 12a ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zmiana ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofert. Szeroki zakres uprawnienia zamawiającego do zmiany treści dokumentów postępowania oraz opisanych w nich wymagań nie jest jednak nieograniczony. Przywołany art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp stanowi bowiem *in initio*, że zamawiający zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia może dokonać po pierwsze, w uzasadnionych przypadkach, po drugie, przed upływem terminu składania ofert. Kwestia relacji terminu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia do terminu składania ofert, odnosi się do faktów – dat kalendarzowych. Natomiast uzasadnienie zmiany ma charakter ocenny i zależy od okoliczności danego przypadku.

Art. 57 ust. 2**88. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 847/20**

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty wstępnej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy zauważyć, że odwołujący wskazał w ofercie 2 rodzaje transformatorów, wykonywanych w dwóch różnych technologiach. Tymczasem zamawiający wymagał wskazania tylko jednego rodzaju transformatora wykonywanego w konkretnej technologii. Wskazanie zatem dwóch transformatorów w dwóch technologiach nie jest niczym innym, jak złożeniem w tym zakresie dwóch ofert wstępnych. Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że wskazanie transformatorów firmy XXX stanowiło jedynie propozycję do negocjacji. Po pierwsze, w samej ofercie wstępnej nie ma żadnej informacji, jakoby odwołujący składał zamawiającemu jakąkolwiek propozycję negocjacyjną. Oba rodzaje transformatorów są w ofercie (w tabeli stanowiącej załącznik nr 9) wymienione w identyczny sposób jako oferowany przedmiot zamówienia. Po drugie, dopiero w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zamawiający przypomniał o zakazie składania ofert wariantowych i stosowania technologii próżniowej, odwołujący wskazał, że transformatory XXX zostały wymienione jako „rozwiązanie alternatywne stanowiące przedmiot do ewentualnych negocjacji z Zamawiającym”, a zamawiający ma uwzględnić do oceny transformatory XXX. Tym samym dopiero w wyjaśnieniach odwołujący zajął stanowisko,

zgodnie z którym z dwóch wskazanych w ofercie wstępnej transformatorów, jeden ma być uwzględniony do oceny oferty, a drugi stanowi propozycję wyjściową do mających się odbyć negocjacji. Należy jednak zauważyć, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zakazane jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Tymczasem uwzględnienie wyjaśnień odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której treść oferty wstępnej uległaby zmianie poprzez pozostawienie do oceny jednego transformatora i wyeliminowanie z tej oceny drugiego, który miałby zostać uznany nie za treść oferty, ale za „propozycję negocjacyjną”. Abstrahując od faktu, że ustawa Pzp nie zna pojęć ani czynności polegających na składaniu „propozycji negocjacyjnych” w ofertach, przede wszystkim należy stwierdzić, że z samej oferty wstępnej w żaden sposób nie wynika, by każdy z transformatorów miał być oferowany na innych zasadach, a jak wskazano już wyżej, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie mogą w tym zakresie prowadzić do zmiany oferty.

Tym samym z powyższych ustaleń wynika, że odwołujący złożył w zakresie transformatorów dwie oferty wstępne, co zgodnie z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne i stanowi podstawę do odrzucenia ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższych ustaleń nie zmienia fakt, że mamy w tej sprawie do czynienia z trybem negocjacji z ogłoszeniem i z ofertą wstępną. W szczególności słowa „wstępna”, na gruncie przepisów ustawy Pzp, nie należy rozumieć jako „dowolna”. Zarówno z art. 57 ust. 2, jak i z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający ma obowiązek

ocenić ofertę wstępną także pod kątem jej odrzucenia na podstawie m.in. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Zatem oferta taka musi odpowiadać określonym rygorom wynikającym z przepisów ustawy Pzp oraz z siwz, a co za tym idzie – nie może być kształtowana dowolnie z założeniem, że jej istotne postanowienia będą jeszcze negocjowane. Zarówno dopuszczalność złożenia tylko jednej oferty (z wyjątkiem oferty wariantowej, która w tym postępowaniu nie została dopuszczona), jak i wymóg zgodności oferty z siwz, jest regułą wyraźnie wskazaną w art. 82 ustawy Pzp, który ma też zastosowanie do ofert wstępnych (art. 57 ust. 2 ustawy Pzp). Składając ofertę wstępną, wykonawca musi zatem uwzględniać m.in. ww. reguły, a fakt, że po składaniu ofert wstępnych odbędzie się etap negocjacji, nie zwalnia go z tego obowiązku. Po to bowiem zamawiający udostępnia wykonawcom siwz, także zapraszając do składania ofert wstępnych, aby następnie wykonawcy ci uwzględnili wymagania w niej zawarte. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie zamawiający nie dopuścił stosowania technologii próżniowej, to oferta, w której wskazano transformatory w takiej technologii, nie może być uznana za zgodną z siwz, bez względu na to, czy jest ofertą wstępną, czy ostateczną i czy postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacyjnym.

Art. 62 ust. 1 pkt 4**89. Wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1808/20**

Na wstępie wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował ani też nie zawarł żadnych wytycznych, jak należy rozumieć użyty w przepisie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zwrot „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”. Pojęciem tym ustawodawca posłużył się również w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp w zakresie tzw. procedury przyspieszonej w ramach przetargu nieograniczonego, ale również nie zdefiniował bliżej użytego zwrotu. W piśmiennictwie wskazuje się, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia oznacza potrzebę niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego w celu zapobieżenia powstania znacznej szkody, w celu ochrony zdrowia i życia bądź środowiska, przy czym podstawą wydania decyzji powinny być wiarygodne informacje. (...) Pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi być skutkiem okoliczności, których nie można było obiektywnie przewidzieć. Podkreślić przy tym należy, że art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, co oznacza w ocenie Izby, iż zamówienie – jakie instytucja zamawiająca zamierza zlecić w ramach trybu ogłoszenia bez negocjacji – winno być analizowane przez pryzmat pilności wykonania. To bowiem pilność wykonania określonych usług czy robót determinuje pilność udzielenia zamówienia przez zamawiającego. Dalej wskazać należy, że niezwłoczność udzielenia zamówienia publicznego zasadniczo skorelowana jest z konsekwencjami, jakie wynikłyby z udzielenia zamówienia

w terminach podstawowych. Chodzi tu o ochronę jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku wskutek zbyt późnego udzielenia zamówienia, np. mogłoby to prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego lub też ze względu na pilną konieczność ochrony określonych i istotnych interesów publicznych, w tym interesu społecznego związanych z realizacją inwestycji publicznych. Niewątpliwie w tym aspekcie dochodzi do kolizji pomiędzy zasadą konkurencyjności, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a dążeniem instytucji zamawiającej do ochrony określonych interesów poprzez zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Stąd też konieczność podjęcia obiektywnej oceny ograniczenia zasady konkurencyjności w świetle przyznania prymatu ochrony określonych wartości. (...) Zdaniem Izby nie można upatrywać pilności udzielenia zamówienia z koniecznością dotrzymania terminu realizacji Uchwały, która to data została określona przez samego Zamawiającego. Gdyby przyjąć tak szeroko definicję pilności udzielenia zamówienia, to instytucje zamawiające mogłyby określać daty wykonania aktów prawa miejscowego w sposób, który uniemożliwiłaby dochowanie terminów dla trybów konkurencyjnych, aby uzasadniać w ten sposób zastosowanie trybów niekonkurencyjnych. Takie działanie stałoby w sprzeczności z założeniami ustawodawcy co do sposobu wydatkowania środków publicznych na zasadzie konkurencyjności i otwarcia rynku dla jak największej liczby przedsiębiorców. (...) W zakresie ww. przesłanki wskazać należy, że nieprzewidywalność okoliczności powinna być zawsze oceniana indywidualnie –

w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. Jednocześnie, w ocenie Izby, nie można utożsamiać wyjątkowej sytuacji ze zdarzeniami, których wystąpienie jest nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie, nie mogą zakładać i nie mogą planować. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. (...) Nie są znane Izbie żadne przepisy prawa, które uzasadniały odstępstwo od zastosowania prawidłowej procedury udzielenia zamówień publicznych z powodu, jak się wydaje, problemów komunikacyjnych pomiędzy poszczególnymi jednostkami organizacyjnymi m.st. Warszawy. Wszystkie te jednostki działają na rzecz m.st. Warszawy, zaś ich obowiązkiem jest realizacja zadań publicznych w sposób określony przepisami ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał spełnienia omawianej przesłanki zastosowania art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 67 ust. 1 pkt 3

90. Wyrok z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt 989/20

(...) przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, nie zaistniały. Nowelizacja ustawy Ucpog wprowadzona została Ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1579). Zgodnie z art. 27 tej ustawy jej wejście w życie nastąpiło 14 dni od

daty publikacji, tj. 6 września 2019 r. Powyższe stoi w sprzeczności z twierdzeniem Zamawiającego o wynikającej ze zmiany przepisów Ucpg konieczności pilnego wypowiedzenia dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów. Wypowiedzenie umowy nastąpiło 31 stycznia 2020 r. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający miał czas, by w odpowiedni sposób zapewnić sobie ciągłość świadczenia na jego rzecz usługi zagospodarowania odpadów. Trudno przyjąć, że zmiana przepisów zaskoczyła Zamawiającego i zmusiła do natychmiastowego działania w celu wyłonienia kolejnego wykonawcy usługi, skoro od wejścia w życie ww. nowelizacji Ucpg do wypowiedzenia dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów upłynęło niemal pięć miesięcy. Nowelizacja przepisów prawa nie może być potraktowana jako sytuacja wyjątkowa, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Prawo podlega ciągłej ewolucji, jego nowelizowanie to jeden z podstawowych przejawów działania ustawodawcy. W tej sytuacji nie sposób uznać, że zmiana ustawy (ze skutkiem od września 2019 r.) spowodowała konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający sam zdecydował o momencie wypowiedzenia dotychczasowej umowy. (...) W ocenie Izby okolicznością, która skłoniła Zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, było unieważnienie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wszczętego ogłoszeniem 2020/S 031-072587 z 13 lutego 2020 r. Postępowanie zostało unieważnione 30 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na fakt, że ceny złożonych ofert przekraczały wartość kwoty, jaką

Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. Sytuacja taka nie ma jednak charakteru wyjątkowego i nie można uznać jej za okoliczność potwierdzającą spełnienie jednej z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wypowiedzenie dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów miało – zgodnie z § 5 ust. 2 umowy – nastąpić z końcem kwietnia 2020 r. W tej sytuacji Zamawiający miał jeden miesiąc na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego, wybór wykonawcy i udzielenie mu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekraczała kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp, Zamawiający nie byłby w stanie przeprowadzić postępowania w sposób zgodny z terminami określonymi w Pzp. Okoliczność ta wynikała jednak z sytuacji leżącej po stronie Zamawiającego.

Art. 82 ust.3

91. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 710/20

Stosownie do art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z zasad opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp, nakazuje, aby opisane w SIWZ wymagania zamawiającego traktować literalnie, czyli tak, jak one zostały zapisane. Oznacza to, że nie można podejmować w stosunku do wykonawcy czynności, które nie wynikają z brzmienia SIWZ, ale również, że wymagań opisanych w SIWZ nie można pomijać. Po

upływie terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ postanowienia w niej zawarte stają się wiążące i zamawiający nie może od nich odstępować bez obrazy zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Art. 86 ust. 4

92. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1108/20

Następnie stwierdzić należy, że czynność otwarcia ofert jest jawna i dokonywana w ściśle określonym miejscu i czasie. Stosownie do art. 86 ust. 4 ustawy Pzp na zamawiającym ciąży obowiązek podania informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty i warunkach tych ofert, przy czym to, jakie oferty zostały złożone, ustala się na ściśle określony moment, tj. dzień i godzinę ich otwarcia. Ta sama zasada dotyczy informacji, które zamawiający publikuje na stronie internetowej niezwłocznie po otwarciu oferty, stosownie do art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Informacje o ofercie, która z jakiejś przyczyn nie mogła zostać otwarta podczas jawnej sesji otwarcia ofert (takie jak cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności), nie są ujęte w informacji z otwarcia ofert i na stronie internetowej. Późniejsze ustalenia co do przyczyn niemożliwości otwarcia oferty decydują jedynie o tym, czy postępowanie podlega unieważnieniu (jeśli brak możliwości otwarcia oferty spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego), czy też oferta jest uznana za niezłożoną (jeśli odpowiedzialność za tę sytuację ponosi wykonawca). Odszyfrowanie oferty po zakończeniu sesji jawnego

otwarcia ofert wpływa więc na dalsze losy postępowania przetargowego lub na losy oferty w tym postępowaniu, nie wpływa natomiast na treść informacji z otwarcia ofert, ze swej istoty opisującej stan istniejący na konkretny dzień i godzinę, bez uwzględnienia dalszych zdarzeń.

Art. 87

93. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20

Izba wskazuje, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze – oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie – niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie – poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario – możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienie w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ nie może zatem powodować zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Podkreślić należy, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych dopuszcza się poprawienie treści oferty wykonawcy odnoszącej się bezpośrednio do jej essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny czy określenia przedmiotu

świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. O tym zaś czy dana zmiana ma charakter istotny, czy nie należy rozstrzygać każdorazowo, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy.

94. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 803/20

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. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp 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 art. 87 ust. 1 pzp 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 składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne 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 informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

95. Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1030/20

Nie sposób zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, iż na skutek działania Zamawiającego miałyby dojść do faktycznej zmiany treści oferty (zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp *a contrario*). Art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w odróżnieniu od art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie referuje do kwestii istotności zmian w ofercie, jakie zaistnieją w następstwie poprawienia przez Zamawiającego omyłki. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie przeszkodą dla wprowadzenia zmian w treści oferty, będących wynikiem zastosowania trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest ani liczba występujących omyłek, ani też ich znaczenie. Poprawa omyłek rachunkowych może zatem mieć istotny wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny (por. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2538/18). Wykonawca XXX nie dokonał zmiany swojej oferty po upływie terminu składania ofert, Zamawiający nie prowadził także z tym wykonawcą żadnych negocjacji. Zmiana oferty była wynikiem stwierdzenia oczywistej omyłki rachunkowej i jej poprawienia, a jako taka była ona

dopuszczalna na gruncie ustawy Pzp. Dodać należy, że z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika wprost, iż poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, lecz jest jego obowiązkiem. W sytuacji zatem, gdy w ofercie wykonawcy XXX doszło do oczywistej omyłki rachunkowej, to Zamawiający był zobligowany omyłkę tę poprawić i tak uczynił. Na marginesie jedynie można wskazać, że w przedmiotowym przypadku sam fakt poprawienia ceny oferty wykonawcy XXX nie miał wpływu na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert, jego oferta i tak pozostawała w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą (także cenowo). Odnosząc się do argumentacji Odwołującego co do sposobu poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy XXX przez Zamawiającego poprzez naniesienie poprawek komputerowo w treści oferty, Izba zważyła, iż argumentacja ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie określa sposobu poprawienia omyłki w sensie technicznym, zobowiązuje zamawiającego jedynie do poprawienia omyłki w ofercie, uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, co też Zamawiający uczynił. Fakt, iż Zamawiający poprawki naniósł w sposób komputerowy na formularz oferty pozostaje całkowicie irrelevantny dla oceny zgodności jego działania z ustawą Pzp.

96. Wyrok z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1341/20

Przypomnieć należy również, że zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,

zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, a jeśli treść oferty budzi wątpliwości, aby w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnić stwierdzone niezgodności czy niejasności i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1–3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wprawdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego, działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem. Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty.

97. Wyrok z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1313/20

W świetle orzecznictwa oczywista omyłka rachunkowa, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, to omyłka matematyczna dająca się poprawić przy zastosowaniu elementarnej wiedzy z zakresu podstawowych działań matematycznych (dodawania, mnożenia). Oczywistość omyłki definiuje się jako dającą się zauważyć na pierwszy rzut oka, którą da się poprawić tylko na jeden sposób. W przypadku gdy możliwe są co najmniej dwa sposoby poprawienia takiej omyłki, z których każdy będzie powodował inny skutek

rachunkowy, nie można uznać, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Wskazać należy jednocześnie, że ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje przy poprawianiu oczywistej omyłki rachunkowej uwzględniać konsekwencje rachunkowe dokonywanych zmian, a to oznacza, że ustawa Pzp dopuszcza wpływ dokonanej korekty na cenę oferty. Przykładem oczywistej omyłki rachunkowej jest sytuacja, gdy pomimo zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, wyliczona wartość podatku VAT, stanowiąca wynik działania arytmetycznego (iloczynu ceny netto i stawki podatku VAT) jest nieprawidłowa, co w konsekwencji prowadzi do błędnego wyliczenia ceny brutto (tak wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r, sygn. akt KIO/UZP 275/10).

Nie budzi wątpliwość, że aby dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający powinien mieć wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne, a prawidłowe obliczenia doprowadzą do ustalenia prawidłowej ceny oferty. Zamawiający jest zobowiązany dokonać korekty takich obliczeń i poinformować wykonawcę o tym fakcie. Wykonawca nie musi wyrazić zgody na dokonanie przez zamawiającego powyższej poprawy.

98. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20

Izba podziela argumentację Zamawiającego, iż niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza

bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej, czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta danego Wykonawcy w warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z istotnych jego elementów, płaconego w formie ryczałtu. Brak podania wartości ceny jednostkowej netto powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty Wykonawcy, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić, brak bowiem możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego. Nie jest także możliwe zwrócenie się do Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty, bowiem taka treść nie istnieje. Wyjaśniać można elementy oferty istniejące w momencie składania oświadczenia woli w postaci oferty przez Wykonawcę. W przedmiotowej sprawie zastosowanie art. 87 ust.1 ustawy Pzp doprowadziłoby do powstania nowych elementów oferty, już po wyznaczonym terminie składania ofert, co uznać należy za prowadzenie niedopuszczalnych między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji. Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do oferty Odwołującego XXX. Izbie trudno także sobie wyobrazić, w jaki sposób Zamawiający mógłby dokonać poprawienia w treści

oferty innej omyłki, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, skoro podstawowy element oświadczenia woli danego wykonawcy – czyli cena jednostkowa za określony rodzaj prac – z formularza nie wynika. W takiej sytuacji każda zmiana treści formularza przez Zamawiającego miałyby charakter zmiany istotnej, skoro z innych danych znajdujących się w formularzu cenowym nie dało się wywieść cen jednostkowych dla brakującej pozycji.

99. Wyrok z dnia 9 września 2020 r., sygn. akt KIO 1396/20 i KIO 2020/20

Izba musi stwierdzić, że samo zaaprobowanie przez wykonawcę (odwołującego) poprawienia oczywistych omyłek w sytuacji, gdy zamawiający nie przedstawił sposobu tej poprawy (w znacznej liczbie wskazanych omyłek), a tylko przedstawił zauważone omyłki nie może zastąpić wyjaśnienia oferty, którego to wyjaśnienia zażądał zamawiający. Również wniesienie nowego kosztorysu ofertowego (po upływie terminu na składanie ofert) nie może być potraktowane jako złożenie wyjaśnień, gdyż zamawiający – aby móc nanieść niektóre poprawki – musi znać powody pojawienia się omyłek w ofercie i dokładnie znać sposób poprawy omyłek. Szczególnie, że przepisy art. 87 ust. 2 Pzp dotyczące poprawy omyłek są wyjątkiem od reguły niezmienności ofert po upływie terminu składania ofert, a więc jako wyjątki muszą być stosowane ściśle i z wielką ostrożnością, zwłaszcza, że gospodarzem oferty jest wykonawca i zamawiający nie powinien ingerować w ofertę. Wynika to z art. 84 ust. 1 Pzp, który brzmi

„Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę”.

100. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20

Bezsporne jest, że zamawiający żądał podania cen jednostkowych za trasy i ich zsumowania w tabeli formularza ofertowego i wymagał także podania ceny za całość zamówienia. W ofercie przystępującego podano ceny jednostkowe za trasy i sumę tych cen oraz cenę za całość zamówienia, która wynosiła tyle samo co zsumowane ceny jednostkowe. W ocenie Izby zamawiający otrzymując tak sformułowaną ofertę, już na pierwszy rzut oka widział, że cena za całość oferty nie uwzględnia całego okresu świadczenia usługi i jest ceną zsumowaną cen jednostkowych, wynikało to zarówno z przeliczenia cen podanych w tabelce i sprawdzenia sumowania cen jednostkowych, jak i wysokości ceny rzekomo za całość zamówienia. Zamawiający podał ściśle maksymalną ilość dni nauki szkolnej 188, a ceny jednostkowe podawane były za trasę, czyli dowóz i odwóz, a więc w ramach jednego dnia nauki szkolnej, co zresztą potwierdza wzór umowy, mówiąc o stawce dziennej, tym samym logicznym było przemnożenie kwoty zsumowanej cen jednostkowych przez maksymalną ilość dni nauki szkolnej. W ten sposób możliwe było usunięcie omyłki i poprawa treści oferty. To, że wywołała ona znaczącą zmianę w zakresie całkowitej ceny ofertowej, nie jest w ocenie Izby przeszkodą w poprawie, przede wszystkim dlatego, że rozliczenie pomiędzy stronami jest rozliczeniem za rzeczywiście

wykonane przewozy, a więc według stawek dziennych w rozliczeniu miesięcznym – par. 2 pkt 5 wzoru umowy. W konsekwencji zmiana w tym zakresie nie zmieniała istotnie zobowiązania wykonawcy, a to należy brać pod uwagę przy ocenie, czy poprawa miała charakter istotny.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

101. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, musi być możliwe do uchwycenia, na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli

składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Ustalenie niezgodności oferty wykonawcy na podstawie subiektywnej, rozszerzającej interpretacji zapisów SIWZ czy też ocena oferty przez pryzmat oczekiwań zamawiającego nieznajdujących odzwierciedlenia w SIWZ jest niedopuszczalna. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów SIWZ i nie są mu znane niewyrażone w SIWZ oczekiwania zamawiającego.

102. Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 555/20

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym nie ma żadnych wątpliwości, iż niezależnie od tego, czy wykonawca podał w swojej ofercie parametry systemu, oprogramowania czy też użył sformułowania „zgodnie z SIWZ”, Zamawiający, znając producenta i wersję zaoferowanego oprogramowania/systemu, powinien zweryfikować, czy faktycznie zaoferowane oprogramowanie posiada parametry wskazane przez wykonawcę w ofercie i czy faktycznie jest zgodne z SIWZ. Bezwzględne wymaganie informacji co do producenta i nazwy wersji oferowanego oprogramowania/systemu jednoznacznie

wskazuje, że to na podstawie tych właśnie informacji Zamawiający zamierzał weryfikować, czy zaoferowane oprogramowanie/system faktycznie spełnia wymagania SIWZ. W innym wypadku żądanie tych informacji byłoby pozbawione sensu, skoro Zamawiający mógłby się ograniczyć do sprawdzenia, czy wykonawca zadeklarował w ofercie, że oferuje oprogramowanie „zgodnie z SIWZ”.

103. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 820/20

Wykonawca XXX przy obliczaniu ceny jednostkowej za koszenie trawy przewidział oszczędności, które miało mu generować kompostowanie we własnym zakresie. W ocenie Izby założeń, jakie przyjął odwołujący, były nieuprawnione. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 8 ustawy o odpadach tylko osoba fizyczna i jednostka organizacyjna, niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi i tylko takie rodzaje odpadów, za pomocą takich metod odzysku, określonych w przepisach wydanych na podstawie ust. 10, i w takich ilościach, które mogą bezpiecznie wykorzystać na potrzeby własne. W takim przypadku nie jest wymagane: zezwolenie na przetwarzanie odpadów (art. 45 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach) wpis do rejestru BDO (art. 51 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpadach); prowadzenia ewidencji odpadów (art. 66 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach); składanie rocznych sprawozdań (art. 75 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach). (...) Z kolei zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz

dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. z 2016 r., poz. 93) do wykorzystania w przydomowych kompostownikach dopuszcza się możliwość wykorzystania wyłącznie własnych odpadów – wytworzonych przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędącą przedsiębiorcą, która dokonuje ich kompostowania. Ponadto w załączniku do powyższego rozporządzenia, w poz. 51, wymieniono Odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01) opisując, że mogą być one wykorzystywane w przydomowych kompostownikach (dopuszcza się możliwość wykorzystania własnych odpadów – wytworzonych przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędącą przedsiębiorcą, która dokonuje ich kompostowania). W punkcie dotyczącym ilości odpadów możliwych do przyjęcia w ciągu roku stwierdzono, że: „Nie dopuszcza się możliwości przyjmowania odpadów o kodzie 20 02 01 – Odpady ulegające biodegradacji w celu wykorzystania w przydomowych kompostownikach”.

Wykonawca jest przedsiębiorcą, wobec powyższego przepisy cytowanego rozporządzenia nie mają wobec niego zastosowania, a zatem kompostowanie na potrzeby własne w przypadku realizacji zamówienia, byłoby niezgodne z obowiązującymi przepisami. Bez znaczenia, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest, a co nie było kwestionowane przez zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy o odpadach odwołujący jest wytwórcą odpadów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach wytwórcą odpadów jest każdy, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów, oraz każdy kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne

działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów, z kolei wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy powyższe usługi, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Ponieważ odwołujący nie jest osobą fizyczną, ale przedsiębiorcą, który urobek z koszenia będzie pozyskiwał nie ze swojej nieruchomości, lecz z nieruchomości zamawiającego – przesądza to, iż nie może on poddać tych odpadów odzyskowi.

W konsekwencji uznać należy, iż wykonawca XXX nie mógł kompostować urobku w sposób wskazany w złożonych przez niego wyjaśnieniach. Zgodnie z przepisami ustawy o odpadach i instrukcją zawartą w SIWZ, w której zamawiający wielokrotnie podkreślał, że wykonawcy winni w swojej ofercie uwzględnić wymagania wynikające z przepisów ustawy o odpadach (w punkcie III ppkt 5 zamawiający zaznaczył, że wszystkie pozyskane odpady należy zagospodarować zgodnie z zapisami ustawy o odpadach; zgodnie z pkt XIII SIWZ – Opis sposobu obliczania ceny oferty (dotyczy wszystkich części) przewidział, że cena ofertowa dla sektora (części) I, II, III, IV powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z kompleksowym wykonaniem zamówienia, w tym m.in. koszty wywozu i utylizacji odpadów i śmieci do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych), nie ulega wątpliwości, że należało w tej pozycji uwzględnić utylizację pokosu w zakładzie unieszkodliwiania odpadów. Koszty te pominął odwołujący w swojej

ofercie. Biorąc pod uwagę, że kompostowaniu w tym postępowaniu podlegać będzie oprócz pokosu trawy również masa zielona z pielęgnacji krzewów w skupinach, żywopłotach, różankach, pielienia czy utylizacji nasadzeń sezonowych po ich usunięciu z rabat, a także grabienia liści, uznać należy, że przewidywana przez odwołującego bezkosztowa utylizacja skalkulowana w tych pozycjach zaniżyła ceny jednostkowe. Złożone wyjaśnienia potwierdziły także w konsekwencji, że świadczenie przedmiotowej usługi będzie niezgodne z wyżej cytowanymi przepisami ustawy o odpadach.

104. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 947/20

Podanie w ofercie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. W związku z czym brak podania w formularzu ofertowym informacji o podwykonawcach nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego w SIWZ zakres zobowiązania jakie przyjmuje na siebie wykonawca. W związku z tym brak ich wskazania nie ma wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

105. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1933/20

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio:

zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. (...) W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawiać się może zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Innymi słowy niezłożenie dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jednakże tryb ten nie może służyć obejściu braku sprecyzowania treści oferty ani prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem w sytuacji gdy z dokumentu takiego wynika jednoznacznie, że przedmiot oferty nie posiada parametrów, o których istnieniu zapewniał wykonawca

w swoim oświadczeniu woli, co do zasady nie ma faktycznych podstaw do jego uzupełniania, gdyż nie jest on niekompletny, nie zawiera błędów ani nie budzi wątpliwości, które to braki są objęte hipotezą normy art. 26 ust. 3 pzp.

106. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1993/20, KIO 1997/20

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

107. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 2003/20

Podkreślić należy, że treść oferty wykonawcy należy ustalać z uwzględnieniem wszystkich oświadczeń w niej zawartych, a nie tylko niektórych, wybranych przez odwołującego. Ponadto przypomnienia wymaga, że każda oferta stanowi wyraz odpowiedzi na postanowienia SIWZ. W pierwszej kolejności wskazać należało na rolę, jaką miał spełniać wykaz równoważności, zawarty we wzorze, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ. Otóż zgodnie z jego tytułem był to „wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych”. W wykazie tym należało zatem wymienić i opisać jedynie materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne, czyli takie, które nie wynikały z dokumentacji projektowej. W konsekwencji jeśli dany materiał, urządzenie lub rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę wynikało z dokumentacji projektowej, to nie miał on obowiązku ujmować ich w spornym wykazie. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w pkt 6.3. SIWZ wyraźnie przesądził o takim znaczeniu wykazu. Zamawiający wskazał w powołanym postanowieniu, że jeśli wykonawca nie złoży m.in. załącznika 1a do SIWZ, to rozumieć się będzie przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały, urządzenia i rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ, w związku z tym Wykonawca zobowiązany jest zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej,

specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ. Wbrew zatem stanowisku odwołującego, oświadczenie przystępującego o wykonaniu izolacji akustycznej posadzek z pkt 4 i 6 wykazu równoważności należało wyklądać również z uwzględnieniem wymaganej zawartości oraz roli tego dokumentu, wynikającej z SIWZ.

Stwierdzono ponadto, że przy interpretacji oferty przystępującego odwołujący nie wziął również pod uwagę całej zawartości wykazu rozwiązań równoważnych złożonego przez tego wykonawcę. Na stronie 1 wykazu równoważności przystępujący złożył wprawdzie oświadczenie, że cena zawiera niżej wymienione rozwiązania, materiały lub urządzenia równoważne. I rzeczywiście w pozycji 4 i 6 wykazu opisując rozwiązanie równoważne, wspomniał jedynie o izolacji akustycznej, nie precyzując, z jakiego materiału owa izolacja będzie wykonana. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że przystępujący złożył ponadto oświadczenie, że pozostałe niewymienione w wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia i inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ. Tymczasem w dokumentacji projektowej dopuszczono jedynie wprost wykonanie izolacji akustycznej ze styropianu miękkiego. Skoro zatem wykonawca nie wymienił w opisie izolacji, jaki materiał zastosuje, należało rozumieć, że będzie to opisany w SIWZ styropian.

108. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1838/20

W ocenie Izby zamawiający nie żądał dokumentów przedmiotowych pozwalających na stwierdzenie zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią siwz. Natomiast wyjaśnienia rażąco niskiej ceny służą, co słusznie zauważył odwołujący, pokazaniu, że przedmiot zamówienia da się wykonać za zaoferowaną cenę. Tym samym w bardzo szczególnych okolicznościach możliwe jest uznanie, że złożone wyjaśnienia dowodzą niezgodności treści oferty z treścią siwz. W ocenie Izby niepokazanie danego kosztu nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, choćby tylko z tego względu, że dany koszt w ocenie danego wykonawcy mógł mieć znikomy wpływ na cenę i jego pominięcie mogło w ocenie wykonawcy nie mieć znaczenia dla oceny realności ceny albo dany koszt może być pozyskany tylko od jednego dostawcy, który wszystkim wykonawcom gwarantuje jego dostępność za tę samą cenę, wówczas jego wykazywanie także może nie mieć znaczenia dla oceny realności ceny. Możliwość uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz na podstawie złożonych wyjaśnień, możliwa jest w ocenie Izby zasadniczo w dwóch przypadkach, gdy wynagrodzenie jest kosztorysowe i wykonawca wyjaśniając cenę, potwierdzi, że danej pozycji kosztorysowej nie wycenił albo w sytuacji, gdy z wyjaśnień wynika, że wykonawca zaoferował inny sposób wykonania zamówienia niż wynikał z treści siwz i taki sposób nie był dopuszczony

jako równoważny lub zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

109. Wyrok z dnia 9 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 744/20

Zamawiający nie zdołał wykazać, że Odwołujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. Okoliczność, że Odwołujący kalkulując wysokość przyjętej prowizji, która stanowić miała jego wynagrodzenie za obsługę transakcji za usługę rezerwacji biletu lotniczego na poziomie minusowym, wynika z przyjętej przez Odwołującego taktyki biznesowej. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zamawiający nie podjął choćby śladowej polemiki z obszernymi wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego. Wyjaśnienia te w sposób klarowny, spójny obrazowały jakie koszty składają się na cenę jednej opłaty transakcyjnej, przedstawiono również obszerny materiał dowodowy uzasadniający wysokość poszczególnych elementów kosztowych. Kalkulacja wiarygodnie odzwierciedliła proces, w wyniku którego Odwołujący mógł zaoferować wysokość prowizji na określonym poziomie. Nie zakwestionowano również wycień, które wskazywały na osiągnięcie zysku przez Wykonawcę.

Wyliczenia poczynione przez Odwołującego w wyjaśnieniach w ocenie Izby pośrednio wskazują na to, że przy kalkulacji własnej ceny opłaty transakcyjnej Wykonawca uwzględniał prowizje, rabaty i inne, które wynikają między innymi z przedstawionych przez niego umów handlowych. Odwołujący wskazał również w wyjaśnieniach na wypracowane realne prowizje dla własnej firmy, uzyskiwane obecne i realne przychody ze wskazaniem na całkowity zysk. Jeżeli Zamawiający uważał, że Odwołujący nieprawidłowo wycenił wartość oferty, w stosunku do nieprawidłowych elementów związanych z przedmiotem zamówienia, to winien był to wykazać. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, na czym ów mechanizm utrudniania dostępu do rynku miałby polegać, taką argumentację należało przekazać Wykonawcy wraz z informacją o odrzuceniu oferty. Dopiero także w odpowiedzi na odwołanie przedstawiono argumentację, która przedstawiała, w jaki sposób w prowadzonym postępowaniu należało rozumieć pojęcie „prowizji”. Zamawiający nie wykazał natomiast, w jaki sposób i jakimi działaniami (standardowymi lub ponadstandardowymi) Odwołujący miałby doprowadzić do eliminacji wykonawców konkurencyjnych z rynku lub też utrudniać takim wykonawcom dostęp do rynku. Zamawiający nie określił, jakie to praktyki należy uznać za nieuczciwe na danym rynku. W tym elemencie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził żadnej analizy czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku,

cech charakterystycznych dla danego rynku i Odwołującego jako podmiotu z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia dostęp do rynku innym podmiotom. Nie wykazano również w Informacji o odrzuceniu, gdzie doszło do manipulacji cenami. Zamawiający lakonicznie jedynie wskazał, że bliżej nieokreślone praktyki utrudniają dostęp do rynku innym wykonawcom. Co znamienne w postępowaniu złożono 3 oferty, trudno więc dostrzec utrudnianie tego dostępu bez znajomości dla danej gałęzi gospodarki. Ponadto wskazać należy, że Zamawiający nie wykazał, z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania Odwołującego są sprzeczne. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Być może oferta Odwołującego w treści nie odpowiada SIWZ co do sposobu ustalenia ceny, jednak art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie był podstawą działania Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty skupił się na analizie zagadnienia, czy w takim przypadku mamy do czynienia z umową o zamówienie publiczne, o charakterze odpłatnym. Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że umowa, którą zawarłby z Odwołującym, nie nosiłaby cech odpłatności, czyli cech umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ponosiłby koszty transakcji, ale o wartości niższej niż nominalna cena biletu. Nie oznacza to wobec powyższego zawarcia umowy o charakterze nieodpłatnym. Nie zasługiwały na podzielenie twierdzenia

Zamawiającego, że otrzymywałby on wynagrodzenie od Wykonawcy, a nie ponosił kosztów zawarcia umowy. Zysk Zamawiającego z takiej umowy polegałby właśnie za wypłacie Odwołującemu kosztu biletu i obsługi transakcji w kwocie niższej niż nominalna. Nie oznacza to bezpłatności świadczenia, zawarcia umowy pod tytułem darym.

110. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 858/20

Izba nie stwierdziła, aby oferta złożona przez przystępującego, stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji. Izba w całości nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że nieprawidłowe skalkulowanie ceny za poszczególne etapy realizacji zamówienia stanowiło tzw. niedozwoloną inżynierię finansową. Wskazać bowiem należy, przyjmując limity procentowe zamawiającego za obowiązkowe na etapie składania oferty (z czym Izba się nie zgadza), to każdy z wykonawców, mieszcząc się w tych limitach na równi konkurował w uzyskaniu zamówienia. Z inżynierią cenową możemy mieć do czynienia w sytuacji, gdyby limity te stanowiły element oceny, tj. byłyby jednym z kryteriów oceny ofert. Dopiero w tym przypadku wykonawcy kalkulując swoje oferty i związane z tym ryzyka, mogliby w sposób niedozwolony próbować tak przyporządkować wartości cenowe za etapy, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w danym kryterium oceny ofert. Jednakże w tym postępowaniu zamawiający nie objął cen za poszczególne etapy do osobnej oceny w kryterium oceny ofert.

111. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20

W celu stwierdzenia, iż dane działanie przedsiębiorcy uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które są określone w art. 3 ust. 1 UZNK. Tym samym aby działanie Przystępującego, w postaci wyceny kosztów realizacji zamówienia wyczerpywało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 pkt 1 UZNK, Odwołujący winien wykazać, iż: (i) wycena usługi przez Przystępującego nie pokrywa kosztów jej wykonania; (ii) działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną; (iii) w wyniku działania wykonawcy nastąpiło utrudnienie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że z istoty swojej każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szanse innego przedsiębiorcy (konkurenta) na rynku, a tym samym na jego zyski. Ani więc utrudnianie innemu przedsiębiorcy działalności na rynku, ani nawet jego całkowite wyparcie z rynku nie może być uznane za *per se* obce konkurencji. Przeciwnie, jest sensem i celem każdej konkurencji gospodarczej, aby podwyższając jakość swoich towarów lub usług, odebrać konkurentom ich klientów. W celu stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu. (...) W ocenie Izby sposób sformułowania zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp przez Odwołującego nie pozwala w żaden sposób

na przyjęcie, iż jakiegokolwiek działanie Przystępującego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu nie sprostał. Odwołujący bowiem czynu nieuczciwej konkurencji upatruje tylko i wyłącznie w fakcie, że wykonawca w postępowaniu złożył ofertę o ponad ok. 20% cenowo niższą od trzech kolejnych ofert. Odwołujący natomiast w żaden sposób nie wykazał, iż oferta ta stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do konieczności wykazania winy umyślnej Przystępującego, do konieczności wykazania i udowodnienia, iż działanie Przystępującego ma na celu eliminację kogokolwiek z rynku, nie określił nawet, o jaki rynek miałoby chodzić i w czym upatruje owej eliminacji innych podmiotów. Co więcej Odwołujący nie wykazał, iż usługa jaką Przystępujący ma wykonać w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego jest sprzedawana Zamawiającemu poniżej kosztów jej wykonania. Odwołujący, w ocenie Izby, przedstawił wyłącznie odmienną od Przystępującego metodę kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, co nie może być uznane za naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

112. Wyrok z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1755/20

Z przedstawionej argumentacji w złożonych wyjaśnieniach, potwierdzonych stanowiskiem Odwołującego w trakcie rozprawy, w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca dokonał swoistego biznesowego obliczenia ceny w zakresie opcjonalnym, w zasadzie przenosząc cenę realizacji tej usługi w cenę realizacji zakresu podstawowego. Czy też Zamawiający dokonał swoistej inżynierii cenowej i przeniósł koszty realizacji zakresu opcjonalnego do podstawowego, czy to nie skalkulował ich, bo nie będą realizowane w takim zakresie jak opisał Zamawiający albo ich kalkulacja jest na poziomie 1 złotych, bo to tak przy okazji będzie realizowana usługa – to w każdym przypadku taka okoliczność prowadziła do pomniejszenia ceny globalnej w sposób niezgodny z SIWZ. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu, bowiem właśnie niewycenienie w sposób prawidłowy ceny za zakres opcjonalny spowodowało obniżenie ceny globalnej. Manipulowanie zakresem usługi i ujmowanie w cenie usługi zakresu podstawowego ceny zakresu opcjonalnego, a w konsekwencji ceną oferty (ceny łącznej, globalnej) stanowi w ocenie Izby działanie mające na celu eliminację innych wykonawców z postępowania. Ugruntowuje takie stanowisko również argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty, gdzie odwołał się on do realizowanych przez Odwołującego w latach wcześniejszych usług o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia. Brak faktycznej realnej wyceny zakresu opcjonalnego oraz podanie wyceny

na poziomie 1,00 zł brutto, uwzględniając wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący stanowi w ocenie Izby czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom.

113. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20

W ocenie Izby ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny, tj. zaoferowanie 30 s jako czasu podstawienia pojazdu zastępczego, wpisuje się w normę art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, gdyż tak naprawdę w ocenie Izby jedynym powodem podania przez odwołującego tak krótkiego czasu podstawienia pojazdu była próba skorzystania na tym, że zamawiający nie określił minimalnego ocenianego czasu podstawienia. Odwołujący uznał zatem, że skoro zamawiający nie zabronił podawania czasu bardzo krótkiego, to dopuszczalne jest zaoferowanie tak krótkiego czasu, który umożliwi odwołującemu przewagę konkurencyjną w tym kryterium pozwalającą na wyeliminowanie pozostałych konkurentów. Jednakże odwołujący jednocześnie zapomniał, że czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, które podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego, zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony,

uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. I w ocenie Izby tym zasadom odwołujący uchybił, wykorzystując brak ostrożności zamawiającego przed nielojalnym kontrahentem, który będzie korzystał z niedookreślenia minimalnych dopuszczalnych przez zamawiającego czasów podstawienia pojazdu. W ocenie Izby zamawiający mógł liczyć na to, że wykonawcy zachowają się lojalnie i odczytają intencje zamawiającego co do potrzeby w ogóle zapewnienia pojazdu zastępczego, nie po to, żeby określić jakiekolwiek kryterium pozacenowe, ale po to, by wybrać wykonawcę najlepiej świadczącego w przyszłości usługę. Celem podstawienia pojazdu zastępczego było zapewnienie ciągłości realizowanego przewozu, a nie jedynie dojazd w miejsce docelowe – siedzibę placówek oświatowych w wyśrubowanym w ofercie czasie. Dlatego Izba dopatrzyła się w działaniu odwołującego obrazy dobrych obyczajów. Czas podstawienia pojazdu podlegał ocenie w kryteriach oceny ofert i miał wagę 20 pkt, a więc miał znaczący wpływ przy wyborze oferty najkorzystniejszej, mógł zatem prowadzić do wyeliminowania konkurencji z rynku i przymuszenia zamawiającego do zawarcia umowy z odwołującym. W tym stanie rzeczy zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że czas podany przez odwołującego nie był zależny od liczby posiadanych pojazdów, bo jak już Izba wskazywała, nawet cała flota odwołującego rozmieszczona przy przystankach

na trasie nie gwarantuje wykonania podstawienia pojazdu zastępczego w terminie 30 s.

114. Wyrok z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 1865/20

Zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w doktrynie wskazuje się, że analizując istnienie podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. m.in. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, niewątpliwie może być uznane zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. (...) W ocenie zmów przetargowych – jako zakazanych z mocy ustawy – obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych

faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). UOKIK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in.: ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za znowę przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w znowie. Analogicznie jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe”, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013).

W ocenie Izby wskazywane przez UOKIK symptomy zmowy przetargowej miały miejsce w przedmiotowym przypadku, a dowody pośrednie wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i są nimi

oferty wykonawców oraz pisma wykonawców w przedmiocie wycofania ofert. (...) Złożenie przez p. XXX oświadczenie o rezygnacji z udziału w postępowaniu miało miejsce w niedługim czasie po otwarciu ofert, kiedy to wiadome było już jakie oferty zostały złożone w postępowaniu i jak będą one wstępnie umiejscowione w rankingu ofert z uwzględnieniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny. Rezygnacja z udziału w postępowaniu nie została w żaden sposób wyjaśniona, a złożenie przedmiotowego oświadczenia nie miało logicznie uzasadnionego, racjonalnego wytłumaczenia i w ocenie Izby nie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Spółdzielnia złożyła ofertę, która zajmowała w rankingu ofert drugie miejsce i która mogła realnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku, gdyby w toku badania i oceny oferty wykonawcy XXX Zamawiający dostrzegł podstawy do wykluczenia tego wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty. Wynik postępowania wówczas był otwarty. W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca mający szansę na uzyskanie zamówienia, zdecydował się na rezygnację z takiej możliwości, a jeszcze mniej prawdopodobne jest takie działanie w obliczu aktualnie panującej na rynku sytuacji, kiedy to rynek usług przewozów osobowych został dotknięty skutkami panującej epidemii koronawirusa COVID-19.

Działanie to w ocenie Izby zmierzało do doprowadzenia do sytuacji, w którym to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co z kolei miałoby taki skutek, że Zamawiający musiałby wybrać ofertę mniej korzystną ekonomicznie niż w przypadku, gdyby konkurencja pomiędzy wykonawcami nie została

zniekształcona. W ocenie Izby znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że Odwołujący oraz Spółdzielnia Socjalna „XXX” zachowywali się w toku postępowania prowadzonego przez Gminę XXX jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Na podstawie stwierdzonych faktów Izba przyjęła domniemanie faktyczne o zawarciu przez Odwołującego i Spółdzielnię niedozwolonego porozumienia, domniemanie to stanowi bowiem jedyny logiczny wniosek wynikający z okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania. W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny działań wykonawców, a jego decyzja o odrzuceniu oferty w tej sytuacji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odpowiadała przepisom prawa. (...) Izba wskazuje, że przyjęte domniemanie faktyczne o istnieniu zmowy przetargowej może zostać obalone, jeśli wykonawca dowiedzie, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (por. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Natomiast w ocenie Izby Odwołujący domniemania tego nie obalił, a wręcz nawet nie próbował tego uczynić. Odwołujący w sposób merytoryczny nie odniósł się do okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia jego oferty. Odwołujący nie próbował nawet tłumaczyć, dlaczego zaistniałe, szeroko opisywane w literaturze, symptomy niedozwolonego porozumienia, takie jak istnienie więzi rodzinnych pomiędzy podmiotami, wspólnych adresów oraz okoliczność rezygnacji z udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy złożyli oferty

korzystniejszej cenowo, nie mogą być za takowe uznane, wskazując jedynie, że nie można z tego wyciągnąć tak daleko idących wniosków. Odwołujący skupił się wyłącznie na aspektach formalnych decyzji Zamawiającego, wskazując na lakoniczne uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty czy podnosząc, że odrzucić ofertę można tylko wtedy, gdy podstawa odrzucenia jest jednoznaczna, a ewentualne wątpliwości należy wyjaśniać. (...) Nie ma także znaczenia podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zawarł umowy z żadnym wykonawcą, lecz je unieważnił. Porozumienie o charakterze zmowy przetargowej jest zakazane *per se* i nie musi odnieść zamierzonego skutku, aby uznać je za niedozwolone. Nawet zatem w sytuacji, gdy nie dochodzi do wyłonienia żadnego zwycięzcy przetargu i do jego unieważnienia, tak jak w niniejszym postępowaniu, to okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu istnienia zakazanego porozumienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18 „Porozumienie przetargowe jest zakazane *per se* (samo z siebie), nawet w sytuacji, gdy nie dochodzi do wyłonienia żadnego zwycięzcy przetargu czy też zwycięzcą przetargu jest inny przedsiębiorca niż uczestniczący w zmowie. (...) Zatem wystarczające jest, aby przedsiębiorcy przystępujący do przetargu podjęli takie działania, dotyczące składanych w przetargu ofert, których celem mogło być naruszenie konkurencji. Oczywiście jest w świetle powyższego, że skoro nie musi wystąpić skutek antykonkurencyjnych działań podjętych przez przedsiębiorców biorących udział w przetargu,

to również nie musi dojść do skutku sam przetarg”. W oparciu o powyższe Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego jakoby „kuriozalne było opieranie ewentualnej zmowy na możliwości cofnięcia oferty po ich otwarciu”. Abstrahując od kwestii tego, czy czynność wycofania oferty po upływie terminu składania ofert może mieć skutek prawny, to przy analizie istnienia podstaw do stwierdzenia zawarcia niedozwolonego porozumienia, ocenie podlega już sam fakt podjęcia próby „rezygnacji” z uzyskania zamówienia, a nie rzeczywisty skutek takiego działania. Wspomniana rezygnacja może przyjąć rozmaite formy, jak chociażby zamierzone doprowadzenie do wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia jego oferty poprzez brak złożenia na wezwanie wymaganych dokumentów, oświadczeń czy wyjaśnień, czy też odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, aby umożliwić wybór kolejnej, droższej oferty. Wszystkie te działania charakteryzuje cel zakłócenia prawidłowego funkcjonowania konkurencji w danym postępowaniu i jej zniekształcenia, czego efektem jest zagrożenie czy też naruszenie interesów innych wykonawców lub – jak w przedmiotowej sprawie – samego Zamawiającego.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

115. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1391/20

Jednakże należy mieć na względzie okoliczności, że w sytuacji, kiedy zamawiający nie narzuca wykonawcom zaoferowania takich samych rozwiązań opartych o sprzęt danego producenta, to przy

różnorodności oferowanych na rynku IT rozwiązań, możliwe są sytuacje, że można uzyskać taki sam efekt przy zastosowaniu innych i często dużo tańszych rozwiązaniach różnych producentów. Tym samym warto podkreślić, że nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, lecz musi to być cena niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych.

116. Wyrok z dnia 1 września 2020 r., sygn. akt KIO 1763/20

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko odwołującego jakoby niektóre koszty robocizny, ze względu na brak wskazania w SIWZ przez zamawiającego jakie konkretnie są to koszty, wykonawca mógł ująć w kosztach pośrednich jest błędne ze względu na ww. podział kosztów w ramach cen jednostkowych, a nadto fakt, że o kwalifikacji kosztów (nawet przy braku ich zdefiniowania przez zamawiającego) decyduje ich charakter, tj. – w tym przypadku – ich oczywisty związek i możliwość przypisania do kosztów robocizny, a nadto funkcjonujące w praktyce standardy kosztorysowania (przystępujący w swoim stanowisku pisemnym wskazał „Powszechne Standardy Kosztorysowania” – Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Warszawa 2015 r.) czy wreszcie ogólnie dostępne źródła z dziedziny zarządzania, wskazujące, iż do klasycznych kosztów bezpośrednich zalicza się: koszty materiałów bezpośrednich np. surowce, materiały podstawowe

i pomocnicze, koszty wynagrodzeń bezpośrednich (związanych z jednostką produkcji), świadczenia na rzecz pracowników, koszty usług obcych bezpośrednich (związanych z jednostką produkcji), zużycie narzędzi i oprzyrządowania specjalnego potrzebnego do bezpośredniej produkcji.

Art. 89 ust. 1 pkt 5

117. Wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1505/20

Izba wskazuje, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO 705/17). W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwy jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 89 ust. 1 pkt 6**118. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 372/20**

Chociaż Krajowa Izba Odwoławcza, co do zasady, nie jest organem powołanym do rozstrzygania sporów dotyczących prawa podatkowego, jednakże dla potrzeb konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z zarzutami podnoszonymi w odwołaniu, musi dokonać interpretacji właściwych przepisów podatkowych w przedmiocie zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług (powyższe dotyczy również oceny dokonywanej przez zamawiającego). Jak zaznaczył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11 taka interpretacja będzie miała swoje zastosowanie jedynie do oceny ofert wykonawców w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego i nie ma rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców.

119. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub gdy w cenie oferty przykładowo

uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem będzie także zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Z takim właśnie błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający podał bowiem sposób obliczenia ceny dla określonych kategorii prac ujętych w formularzu cenowym w kolumnach 4 i 5, a wynikowo w wierszu 18 tabeli, a Odwołujący XXX dokonał kalkulacji w sposób odmienny od wymaganego.

W uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, zwrócono uwagę, że: *O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji.*

Wykonawca nie podając wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ (z wyłączeniem wykonania ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kolumnie 7), zachował się właśnie w sposób nieuwzględniający zakresu i warunków realizacji przyszłego świadczenia.

120. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1885/20

Izba uznała, że powyższe sytuacje nie mogą być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub np. w cenie

oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Natomiast przedstawione powyżej sytuacje dotyczące zastosowania innej technologii niż wymagana w SIWZ czy też zastosowanie innych materiałów nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, ale wskazane pod tym szyldem sytuacje należałoby ocenić po względem zgodności treści oferty z SIWZ (art 89 ust.1 pkt 2 Pzp). W sytuacji kiedy zamawiający nie dopuszcza wykonania alternatywnego sposobu wykonania zamówienia, to wykonawca niezależnie od możliwości technicznych musi wycenić ofertę według ustaleń zamawiającego w SIWZ. Wycena według innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art 7 ust.1 Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców zasadność wprowadzenia do SIWZ określonych technologii wykonania robót mogła podlegać kwestionowaniu na etapie przedstawienia treści SIWZ wykonawcom, a nie na etapie po otwarciu i ocenie ofert. Nadto dodać należy, że zasadność oceny prawidłowości skalkulowania ceny odpowiednich pozycji kosztorysu dotyczy tylko kwestii, kiedy oferta w tym zakresie jest zgodna z SIWZ. W innej sytuacji analiza ceny nie ma racji bytu, gdyż w przypadku niezgodności oferty z SIWZ i braku możliwości naprawy tej sytuacji w trybie przepisu art 87 ust. 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Izba zauważa, że nie jest możliwe dokonywanie oceny prawidłowości wyliczeń ceny danej pozycji kosztorysu, kiedy przyjęty w ofercie sposób realizacji zamówienia jest niedopuszczony przez zamawiającego. Dlatego też w sytuacji kiedy nie jest wiadomym, czy wszystkie wyceny pozycji kosztorysowych dotyczą pozycji zgodnych z SIWZ, a tym samym mogą

podlegać ocenie w zakresie zaoferowanej ceny oferty, to ocenianie zarzutu rażąco niskiej ceny jest zarówno niemożliwe, jak i przedwczesne.

Art. 89 ust. 1 pkt 7a

121. Wyrok z dnia 1 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 815/20

Reasumując, zamawiający ma prawo i obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wyłącznie w sytuacji, gdy najpierw zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a dopiero w odpowiedzi na taką prośbę wykonawca zgody nie wyraził. Nie stanowi natomiast podstawy odrzucenia oferty sytuacja, w której wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. sytuacja, w której wykonawca ten nie był w ogóle proszony przez zamawiającego o wyrażenie takiej zgody. Przy czym podkreślić należy, że z żadnego przepisu nie wynika, aby oferta takiego wykonawcy miała tracić ważność. Oferta taka podlega zatem ocenie na zasadach ogólnych, zaś w razie uznania jej za najkorzystniejszą, wykonawca może zawrzeć umowę z zamawiającym.

122. Wyrok z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1063/20

Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że na wezwanie zamawiającego przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o wymagany przez zamawiającego okres i jednocześnie utrzymał wniesione w formie pieniężnej wadium.

Bezsporne jest także to, że przystępujący doznał przerw w terminie związania ofertą nie tylko w okresie styczeń/luty – marzec 2019 r., ale także później występowały 1–2 dniowe przerwy w terminie związania. Tym samym dla oceny przedmiotowego zarzutu istotne jest ustalenie, czy w hipotezie normy art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy mieści się brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą ustalony jako brak aktywności wykonawcy w samodzielnym przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że przepis art. 89 ust. 1 ustawy ma charakter sankcyjny, zaistnienie stanu faktycznego opisanego w hipotezie normy art. 89 ust. 1 ustawy skutkuje sankcją odrzucenia oferty z postępowania i powoduje ten skutek, że wykonawca traci szansę na uzyskanie zamówienia, a tym samym nie osiąga możliwego zysku. Skutek zatem jest dotkliwy dla wykonawcy, dlatego normę art. 89 ust. 1 ustawy należy stosować z zastosowaniem wykładni literalnej, bez dokonywania interpretacji rozszerzającej. Aczkolwiek Izba w tym składzie orzekającym podziela stanowisko odwołującego, że z cywilistycznego punktu widzenia oferta po upływie terminu związania wygasa, to jednak w ocenie Izby nie można uznać, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca przewidział sankcję eliminacji z postępowania każdej oferty wygasłej. Ustawodawca, mimo wskazania w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy art. 85 ustawy, nie zmienił stanu faktycznego wyczerpującego hipotezę tego przepisu i nadal tak podobnie jak w art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy stan, który eliminuje ofertę to odmowa zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W sytuacji samodzielnego składania oświadczenia

o przedłużeniu terminu związania ofertą nie dochodzi do wyrażenia zgody, a tym samym brak takiego oświadczenia nie może być traktowany jako odmowa zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W konsekwencji przerwy terminu związania ofertą wynikające z braku samodzielnego przedłużenia terminu związania nie mieszczą się w hipotezie normy art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy i tym samym zamawiający słusznie nie zastosował sankcji odrzucenia oferty.

123. Wyrok z dnia 26 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1554/20, KIO 1572/20

Podkreślenia jednak wymaga, że analiza treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Wniosek taki należy wywieść z użytego przez ustawodawcę w komentowanym przepisie sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2”, bowiem właśnie o wyrażeniu zgody w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą jest mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą samodzielnie z sytuacją nieprzedłużenia tego terminu na wezwanie zamawiającego, powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie

przedłużenia terminu związania ofertą. Izba miała ponadto na uwadze konieczność ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym, do których należy niewątpliwie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b

124. Wyrok z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 406/20

W ocenie Izby należyta staranność jaką winien legitymować się profesjonalista wymaga, aby wykonawca, decydując się z własnej inicjatywy na złożenie dokumentów przedłużających termin związania ofertą i ważność wniesionego w postępowaniu wadium, uczynił to w sposób prawidłowy. Ustawodawca nie rozróżnia kwestii przedłużenia ważności wadium w zależności od tego, czy nastąpiło ono na wezwanie Zamawiającego, czy z inicjatywy wykonawcy. W obu tych przypadkach wadium ma zostać wniesione w sposób prawidłowy, co jest istotne z uwagi na jego funkcję zabezpieczającą i kompensacyjną. Wadium stanowi bowiem ważki instrument służący zabezpieczeniu interesów finansowych Zamawiającego przed nierzetelnością wykonawcy, która może przejawiać się nie tylko w uchylaniu się od zawarcia umowy, ale także w działaniach czy zaniechaniach wpływających na przebieg postępowania określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie, jakoby złożenie dokumentów dotyczących przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium w dniu 6 lutego 2020 r. mogło mieć znaczenie jedynie z perspektywy istnienia po stronie Odwołującego

woli zawarcia umowy z Zamawiającym. Słusznie wskazywał Przystępujący, że podnoszona przez Odwołującego argumentacja została skonstruowana wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Stanowisko prezentowane w odwołaniu pozostaje w sprzeczności z czynnościami podejmowanymi przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia –Odwołujący zamierzał przedłużyć termin związania ofertą i ważność wadium i jedynie na skutek własnych zaniedbań nie dokonał ww. czynności w sposób terminowy, nie dochowując należytej staranności. W ocenie Izby czynności Zamawiającego nie można rozpatrywać w oderwaniu od faktycznych działań podjętych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. To Odwołujący podjął decyzję o przedłużeniu z własnej inicjatywy terminu związania ofertą i ważności wadium, a podejmując taką decyzję powinien był dołożyć należytej staranności i dopełnić tych czynności skutecznie. To właśnie te działania Odwołującego stanowiły podstawę dokonanej przez Zamawiającego oceny wyrażonej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, tymczasem w treści odwołania nie sposób znaleźć jakiegokolwiek odniesienia do kwestii niedochowania należytej staranności. Odwołujący skrupulatnie pominął znaczenie tej okoliczności z perspektywy działań Zamawiającego i domaga się obecnie wyboru jego oferty, pozbawiając jednocześnie Zamawiającego ustawowych narzędzi ochrony jego interesów (zabezpieczenia oferty wadium). W tym stanie rzeczy, zdaniem składu orzekającego, akceptacja argumentacji prezentowanej w odwołaniu byłaby

nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

125. Wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1176/20

Faktem jest, że – co wynika także z dowodów złożonych przez Odwołującego – w dniu 7 lutego 2020 roku XXX przekształcona została w jednoosobową spółkę kapitałową, tj. XXX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jednakże na dzień wydawania orzeczenia XXX nie została wykreślona z CEIDG. Izba wskazuje, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 21 marca 2017 roku sygn. akt II UZ 89/16 wyjaśnił, *Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela pogląd przyjęty w postanowieniu Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2016 r., II CZ 94/15. W postanowieniu tym Sąd Najwyższy wskazał, że skutkiem przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością przekształceniu ulega nie sam podmiot, lecz przedmiot jego działalności, to jest prowadzone przez niego przedsiębiorstwo. Stwierdził dalej, że po przekształceniu osoba fizyczna przestaje istnieć jedynie jako przedsiębiorca, lecz istnieje nadal jako podmiot prawa; nie staje się też nowym przekształconym podmiotem, lecz jest jedynym wspólnikiem spółki. W konsekwencji uznał, że nie mamy tu do czynienia z sukcesją generalną, czy pełną kontynuacją podmiotu przekształcanego w inną postać prawną, które sytuowałyby spółkę przekształconą w sytuacji następcy prawnego jednoosobowego przedsiębiorcy, ale z ograniczonym zakresem kontynuacji wynikający z art. 5842 § 1 KSH. Co z kolei oznacza, że wstąpienie utworzonej spółki w prawa i obowiązki związane*

z działalnością gospodarczą prowadzoną przez jednoosobowego przedsiębiorcę nie skutkuje następstwem prawnym o charakterze ogólnym, a ma jedynie charakter successio singularis w rozumieniu art. 192 pkt 3 KPC. Oznacza to, jak dalej wyjaśniał Sąd Najwyższy, że przekształcona spółka może wejść w toku sprawy w miejsce przekształconego podmiotu, jednak konieczne jest na to zezwolenie strony przeciwnej. W tym kierunku wypowiedział się również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 grudnia 2014 r., II FSK 1134/13 stwierdzając, że omawiana forma przekształcenia nie jest formą transformacji ustrojowej istniejącego już podmiotu i nie wiąże się z sukcesją prawnopodatkową. Przekształcenie przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 5841 KSH, prowadzi do utworzenia spółki prawa handlowego, która wcześniej nie istniała; równocześnie nie ustaje byt prawny osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Tym samym nie można stwierdzić, że w przypadku przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę prawa handlowego zachowana zostaje ciągłość podmiotowa.

Mając na uwadze, że zgodnie z informacją zawartą w CEIDG przekształcenie dokonane zostało w dacie 2 lutego 2020 roku, natomiast do wykreślenia działalności z CEDIG nie doszło (choć mając na uwadze postanowienia art. 584 (5) należy dodatkowo zaznaczyć, że do przekształcenia przedsiębiorcy wymaga się między innymi dokonania w rejestrze wpisu spółki przekształconej i wykreślenia przedsiębiorcy przekształcanego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, natomiast brak wykreślenia nie niweczy przekształcenia), to gwarancja wadialna z dnia 22

kwietnia 2020 roku wystawiona po ww. terminie nie stanowi dokumentu, który przekształceniem był objęty. Brak złożenia wniosku o wykreślenie z CEDIG, przy czym należy zaznaczyć, że przedsiębiorca obowiązany jest do takiego działania, a skutek wykreślenia jest deklaratoryjny, w realiach rozpoznanej sprawy brak złożenia wniosku o wykreślenie może mieć inne przyczyny.

Mianowicie w doktrynie przedmiotu podnosi się pewien problem praktyczny pojawia się w przypadku przekształcenia w jednoosobową spółkę kapitałową takiego przedsiębiorcy, który uczestniczył również w spółce cywilnej. Kwestia dotyczy tego, czy w takiej sytuacji przekształceniu podlega całość działalności wpisanej do CEIDG, czy – jak próbują argumentować niektórzy przedsiębiorcy – tylko działalność wykonywana indywidualnie, ale już nie działalność wykonywana w ramach spółki cywilnej (zob. bliżej wyr. WSA w Warszawie z 2.3.2016 r., VI SA/Wa 2526/15, Legalis). Choć zagadnienie jest problematyczne, wydaje się, że w spółkę kapitałową przekształca się w omawianym przypadku podmiot, czyli przedsiębiorca wpisany na CEIDG, a nie jeden z przejawów jego działalności (jest to transformacja podmiotowa). Powinno zatem dojść do wykreślenia przedsiębiorcy z ewidencji. Niemniej jednak trzeba przyznać, że w praktyce pojawiały się w tym zakresie wątpliwości. (Ustawa o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy. Komentarz red. dr hab. G. Kozieł; legalis).

Wymaga szczególnego odnotowania w tym miejscu, że w doktrynie przedmiotu za trafne uznano, że *przekształceniu musi ulec cała*

działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorcę przekształcanego, a nie np. jej część, ograniczona do części przedsiębiorstwa, co jednak nie stoi na przeszkodzie kontynuowaniu przez niego działalności gospodarczej w oparciu o nowe składniki (tak M. Tofel, w: Bieniak i in., Komentarz KSH, 2020, art. 5841, Nb 4) – Kodeks spółek handlowych. Komentarz red. Z. Jara. Co oznacza niezbitcie, że działalność gospodarcza nadal może być kontynuowana, a co za tym idzie może zaistnieć okoliczność, w której do wykreślenia z CEDIG nie dojdzie, a jedynie ujawniony zostanie wpis o przekształceniu. Taka właśnie okoliczność ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, gdzie również przedsiębiorcą prowadzi działalność w ramach spółki cywilnej.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe i fakt, że firma XXX nie została wykreślona z CEIDG oraz nadal również funkcjonuje w ramach spółki cywilnej, oraz że na dzień składania ofert, tj. 24 kwietnia 2020 roku, funkcjonowała XXX, to oferta XXX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, do której złożono wadium w postaci gwarancji wadialnej, gdzie ujawnionym zleceniodawcą był XXX nie mogła zostać uznana za prawidłowo zabezpieczaną wadium.

126. Wyrok z dnia 19 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1698/20

(...) skoro obowiązujące przepisy prawa nie nakładają obowiązku osobistego dokonywania wpłat wadium ani też nie wskazują, że wadium musi być wniesione jedynie przez wykonawcę, który składa ofertę w postępowaniu, jak również fakt, że Zamawiający takiego wymogu nie ustalił, to dokonanie wpłaty wadium

na rachunek bankowy Zamawiającego przez pana XXX było prawidłowe w świetle ww. przepisów Pzp, a tym samym oferta Przystępującego jako prawidłowo zabezpieczona wadium nie podlegała odrzuceniu. Ponadto wskazać należy, że okoliczność, że pan XXX dokonał wpłaty wadium w celu zabezpieczenia oferty Przystępującego wynikała przede wszystkim z faktu, że potwierdzenie wykonania przelewu tytułem wniesienia wadium na rachunek bankowy Zamawiającego zostało złożone wraz z ofertą Przystępującego. W tytule przelewu wskazano nazwę niniejszego postępowania przetargowego. W formularzu oferty w punkcie 7 w sposób wyraźny podano numer rachunku bankowego, na który ma nastąpić zwrot wadium, a numer ten pokrywa się z numerem rachunku, z którego dokonano wpłaty wadium. Ponadto jak wynika z przedłożonej przez Zamawiającego wiadomości e-mail z dnia 8 czerwca 2020 r. pan XXX zwracając się z pytaniem do Zamawiającego, podpisał się „XXX Architekt”. Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy, że Zamawiający miał wiedzę, że wadium wpłacone przez pana XXX stanowi zabezpieczenie wadium oferty złożonej przez Przystępującego, tj. XXX sp. z o.o. Ponadto jak wskazywał Zamawiający na rozprawie kwota, która została wpłacona na rachunek Zamawiającego pozostaje w jego dyspozycji i może podlegać ewentualnemu bezwarunkowemu zatrzymaniu w sytuacji ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, natomiast żądanie zwrotu wadium przez pana XXX spowoduje odrzucenie oferty Przystępującego

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Jednak jak wskazał Zamawiający taki wniosek nie został złożony.

127. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2036/20

Wymaga wskazania, iż wprowadzie do dokumentu gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma zastosowania procedura poprawiania omyłek przewidziana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w tego rodzaju dokumencie podlega wykładni – jak każde inne oświadczenie woli, zgodnie z przepisem art. 65 par. 1 Kodeksu cywilnego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż wykładnia oświadczenia woli zawartego w dokumencie gwarancji wadialnej jest dopuszczalna, jednakże nie powinna mieć charakteru zbyt liberalnego. Z tego rodzaju wykładnią nie będziemy mieć do czynienia w przypadku stwierdzenia oczywistych omyłek pisarskich. Zgodnie natomiast z wytycznymi wypracowanymi na tle przepisu art. 65 Kodeksu cywilnego dokonując wykładni oświadczenia woli, należy mieć na uwadze reguły językowe, kontekst językowy (uwzględnienie pozostałej treści danego dokumentu) oraz kontekst sytuacyjny, tj. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. W toku postępowania zamówienia tego rodzaju wykładnia gwarancji bankowej złożonej przez przystępującego została dokonana przez zamawiającego, w wyniku czego zamawiający uznał, iż wykonawca ten dokonał prawidłowego i skutecznego wniesienia wymaganego

zabezpieczenia. W ramach rozpoznania niniejszego odwołania Izba zbadała powyższą czynność zamawiającego i w świetle poczynionych ustaleń faktycznych, przedstawionych powyżej, stwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, iż w toku sporządzania dokumentu gwarancji doszło do oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie zapisu cyfrowego kwoty stanowiącej sumę gwarancyjną, a zamiarem gwaranta było objęcie zobowiązaniem w zakresie sumy gwarancyjnej kwoty 25 000,00 złotych, tj. tak jak to zostało wyrażone w zapisie słownym, a nie kwoty 2 500,00 złotych, która nie wynika ani z zapisu słownego, aniz zapisu cyfrowego. W konsekwencji należało uznać, iż złożona przez przystępującego oferta została przez niego zabezpieczona wadium w wysokości wymaganej przez zamawiającego zgodnie z postanowieniem zawartym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 8.1).

Art. 89 ust. 4

128. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 1966/20, KIO 1968/20

Z art. 89 ust. 4 i art. 30 b ust. 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek zaakceptować zamiast certyfikatów lub sprawozdań z badań w określonych sytuacjach także inne środki dowodowe. Warunkiem jednak zaakceptowania tych innych środków dowodowych jest wykazanie za ich pośrednictwem, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone

w opisie przedmiotu zamówienia. Tego zaś odwołujący nie udźwignął, nie przedstawiając dowodów na użycie metodologii równoważnej do metodologii referencyjnej opisanej w normie EN 16450:2017, która spełniałaby wszystkie kryteria opisane w tej normie.

Art. 90 ust. 1–2

129. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 313/20 i KIO 341/20

Izba przede wszystkim opiera się na literalnym brzmieniu art. 90 ust. 1 ustawy, który wskazuje wprost na powiązanie ceny (kosztu) z możliwością wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Wykonanie zamówienia to nic innego, jak realizacja przedmiotu zamówienia, a zatem kalkulując cenę oferty, wykonawca musi wycenić zakup materiałów, pracę sprzętu, koszty osobowe, odnosząc je do wymogów postawionych przez zamawiającego w siwz. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, że kalkulacja cenowa jest tylko pokazaniem kosztu niezwiązanym z zaoferowanym przedmiotem zamówienia, to w ocenie Izby nigdy nie można byłoby ustalić, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie byłoby punktu odniesienia, względem którego należałoby koszt wycenić. Czym innym jest bowiem wycena kosztu pracy przy użyciu narzędzi specjalistycznych czy specjalnej metody wykonania zamówienia, a czym innym koszt pracy oparty wyłącznie o fizyczną pracę ludzką. Tym samym to przedmiot zamówienia i wymagania postawione przez zamawiającego determinują zarówno rodzaje

uwzględnianych kosztów, jak i ich wysokość, np. w sytuacji, gdy zamawiający wymaga wysoko wykwalifikowanej czy bardzo doświadczonej kadry, której koszt jest odmienny od kosztu osoby wykonującej proste prace fizyczne niewymagające wykształcenia czy doświadczenia. Izba zatem wyraża przekonanie, że zadeklarowanie sposobu wykonania zamówienia wyłącznie za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia w sytuacji, gdy zamawiający dla pewnych czynności wymagał zatrudnienia umowy o pracę nie pozwala na uznanie, że wykonawca wycenił możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

130. Wyrok z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 410/20

Umknęło uwadze przystępującego, że to termin składania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego jest właściwym etapem na przedstawienie swojego szczegółowego stanowiska, wskazanie czynników obniżających cenę, pokazanie pełnych wyliczeń i złożenie dowodów (art. 90 ust. 2 p.z.p.), bowiem Izba – oceniając działanie zamawiającego – bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego danych czynności. Zatem bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, a więc że dokonano na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, należy uznać twierdzenia te za spóźnione. Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte.

131. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 893/20

Ponowne wezwanie jest możliwe w sytuacji, gdy z pierwszego wyjaśnienia wykonawcy wynikają takie informacje, które nie pozwalają na jednoznaczną ocenę, czy oferta jest prawidłowa, a dalsze „dopytanie” pozwoli na usunięcie wątpliwości i zapobiegnie potencjalnej eliminacji oferty prawidłowej z postępowania. Natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący oczekuje, że zamawiający będzie pytał przystępującego szerzej niż zrobił to w pierwszym wezwaniu i zażąda innych dowodów niż wskazane rodzajowo w pierwszym wezwaniu, w ocenie Izby takie oczekiwanie nie daje podstawy do uwzględnienia zarzutu. Izba wskazuje, że istotą wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy są wątpliwości zamawiającego i ustawodawca poza katalogiem określonym w pkt. 1–5 tego przepisu pozostawił zamawiającemu swobodę, co do tego jakie inne elementy będą stanowiły przedmiot wyjaśnień. W niniejszym postępowaniu zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i wskazał przystępującemu jakie elementy kalkulacyjne ma wyjaśnić i wskazał również jakich rodzajów dowodów oczekuje. Tym samym zamawiający poruszał się w granicach przyznanej mu swobody i tym samym nie można dopatrzeć się w jego działaniu naruszenia ustawy.

132. Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1289/20

Powyższy przepis nie określa sztywnych reguł wyznaczających obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (tak jak ma to miejsce w przypadku art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), a uzależnia

skierowanie wezwania do wyjaśnień od istnienia wątpliwości co do realności ceny lub jej istotnych części składowych. Wystąpienie takich wątpliwości powinno być oceniane w sposób obiektywizowany, a nie wyłącznie przez pryzmat subiektywnego przeświadczenia zamawiającego. Oznacza to, że ocena, czy istnieją wątpliwości co do realności ceny, powinna być dokonywana z uwzględnieniem czynników obiektywnych i wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oceniając zaoferowane ceny racjonalnie, z uwzględnieniem realiów rynkowych, należy dojść do wniosku, że cena jest na tyle niska, że uzasadnione jest uzyskanie dodatkowych informacji, które pozwolą stwierdzić, czy jest to usprawiedliwione okolicznościami, w których działa dany wykonawca. Jeżeli takie obiektywnie uzasadnione wątpliwości zachodzą, wezwanie do złożenia wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego, a zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Oznacza to, że nawet jeśli całkowita cena oferty nie budzi wątpliwości i nie odbiega rażąco od realiów rynkowych, a tylko jej niektóre elementy są istotnie zaniżone, to – o ile mają one charakter istotny – stanowi to również podstawę do żądania wyjaśnień. Istotność części składowych ceny należy definiować przez pryzmat ich znaczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia. Znaczenie to może mieć charakter zarówno merytoryczny (jeśli określone elementy składające się na przedmiot zamówienia są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego danego zamówienia), jak i wartościowy (jeśli wartość tych składowych ma istotny udział w wartości całkowitej oferty).

133. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1394/20

Podkreślenia wymaga, że to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek nie tylko przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne, np. w zakresie wykazania uzyskanego wysokiego rabatu, do którego referuje wykonawca w składanych wyjaśnieniach, uznając je za składnik niezwykle istotny z perspektywy zaoferowanej ceny. Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

134. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1461/20

W ocenie Izby nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego weryfikacji sposobu kalkulacji ceny spowodowało, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą doszło do quasi

postępowania wyjaśniającego cenę Przystępującego, kiedy rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności jednostki Zamawiającej w przetargu. Informacje zawarte w przystąpieniu zostały podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym przed KIO i Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, że informacje te były podstawą do dokonywania przez zamawiającego czynności w przetargu.

Umknęło uwadze Przystępującego, że to termin składania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jest właściwym etapem na przedstawienie swojego szczegółowego stanowiska, wskazanie czynników obniżających cenę, pokazanie pełnych wyliczeń i złożenie dowodów (art. 90 ust. 2 Pzp), bowiem Izba – oceniając działanie Zamawiającego – bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez Zamawiającego danych czynności. Zatem bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, a więc że dokonano na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, należy uznać twierdzenia te za spóźnione. Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań Zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione Zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte i nie były brane pod uwagę (...). Jednocześnie należy zauważyć, że skoro pewne dowody Przystępujący złożył wraz z przystąpieniem, a nie podczas wyjaśnień, świadczy to o tym, że Przystępujący mógł je złożyć wraz z wyjaśnieniami i nie było żadnych przeszkód ku temu, a nie uczynił tego z uwagi na niedochowanie należytej staranności lub zbyt pochopne uznanie,

że nie ma takiej konieczności, mimo iż w wezwaniu z 10.06.2020 r. Zamawiający wyraźnie wskazywał na konieczność ich złożenia.

135. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20

Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp muszą być oceniane w świetle okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, mając na uwadze przede wszystkim przedmiot zamówienia w danym postępowaniu. Oczywistym bowiem jest to, iż określone twierdzenia wykonawcy mogą podlegać obiektywnej weryfikacji względem wymagań prawnych czy na podstawie informacji rynkowych dostępnych wykonawcom, jednakże takiej obiektywnej wyceny nie można przeprowadzić, względem chociażby wiedzy czy doświadczenia danego wykonawcy. I tak w analizowanym stanie faktycznym przedmiot zamówienia obejmuje usługę opracowania dokumentacji projektowej. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi, bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” –

poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba ją świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć – państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalną wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. Dodać również należy, że wykonawca opiera kalkulację i wycenę kosztów realizacji zamówienia w przypadku tzw. „usług miękkich” o swoje doświadczenia, zdobyte w wycenie innych, podobnych kontraktów. Oczywiście powoływanie się przez wykonawcę na okoliczności takie jak posiadane doświadczenie czy nabyta wiedza i przypisywanie im określonej wartości ekonomicznej wiąże się z ryzykiem przeszacowania czy niedoszacowania przedmiotu zamówienia. Jednakże to ryzyko jest immanentnym elementem każdej działalności gospodarczej, a jego minimalizowaniu w postępowaniach przetargowych służy m.in. możliwość określenia przez zamawiających wymagań dotyczących doświadczenia wykonawców w realizacji zamówień i obiektywnej weryfikacji posiadanej wiedzy i doświadczenia.

136. Wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20

W ocenie Izby w celu przeprowadzenia rzetelnej, realnej i związanej z sytuacją rynkową oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, zamawiający mają nie tyle prawo, co są zobowiązani do uwzględnienia zmian w kosztach jakie zaszły po ustaleniu

szacunkowej wartości zamówienia. Wynika to z treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który w części końcowej tego przepisu stwierdza, że dwie sytuacje wymienione w tym przepisie, zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie muszą powodować konieczności takiego wezwania, jeśli rozbieżność opisana w treści ww. przepisu wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, w celu dochowania należytej staranności przy ocenie ofert w kontekście rażąco niskiej ceny, zwrócił się on do podmiotu trzeciego, który dokonał zaktualizowania kosztów składających się na przedmiot zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie nakłada na zamawiającego konkretnej metody ustalenia okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia, o których mowa w jego treści. W związku z tym należy uznać, że zamawiający mogą posiłkować się wiedzą podmiotów trzecich, jeśli sami nie są w stanie ocenić należycie danej sytuacji jako oczywistej okoliczności niewymagającej wyjaśnienia, szczególnie jeśli ta sytuacja wywołuje u nich wątpliwości co do możliwości zaistnienia okoliczności, o których mowa w treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp in fine.

137. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1835/20

Szczególne sytuacja, w której zamawiający musi powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, została przewidziana w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W przypadku bowiem gdy cena całkowita oferty jest niższa

o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień i co należy szczególnie podkreślić – niezależnie od tego, jak ocenia daną ofertę. W takim przypadku spełnienie wskazanego formalnego, matematycznego wymogu obliguje zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. Nie jest to jednak obowiązek bezwzględny, nie dotyczy on bowiem przypadku, gdy rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, np. gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacznie wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację lub jedna z ofert zawiera cenę nadmiernie wysoką, której uwzględnienie przy ustalaniu średniej arytmetycznej cen złożonych powoduje, że pozostałe oferty są niższe o ponad 30% od tej średniej. Zamawiający może dokonać aktualizacji wartości zamówienia w przypadku wystąpienia istotnej zmiany cen rynkowych bądź innych okoliczności wpływających na ustaloną przy wszczęciu postępowania wartość zamówienia, np. gdy w trakcie przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego wystąpiły zmiany cen na rynku.

Przepis art. 90 ust. 1a pkt 2 Pzp uprawnia natomiast zamawiającego, lecz nie zobowiązuje, do żądania wyjaśnień. Również w przypadku art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp obowiązek badania rażąco niskiej ceny nie ma charakteru automatycznego, bowiem zamawiający może

nie żądać wyjaśnień, jeśli ustalą, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. (...) Odnosząc się do powyższej argumentacji Zamawiającego, Izba wskazuje, że powoływanie się na okoliczność, że rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, np. gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacznie wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację, stanowi zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, uzasadnienie do niestosowania procedury wyjaśnień wobec wykonawcy, lecz nie może stanowić uzasadnienia do formalnego jedynie zastosowania procedury wyjaśnień. Skoro Zamawiający podjął decyzję o wezwaniu ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, co jest faktem bezspornym w niniejszej sprawie, to powinien tym samym dopełnić obowiązku procedury wyjaśnień, w tym oceny złożonych wyjaśnień w sposób pełny i rzetelny.

138. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20

(...) Do decyzji poszczególnych wykonawców pozostawiono wybór strategii i sposobu złożenia wyjaśnień, opisanie i przedstawienie okoliczności, które przełożyły się na obniżenie ceny ofertowej, przy czym to na wykonawcach spoczywa obowiązek złożenia takich

wyjaśnień, które będą pozostawały w zgodzie w opisem przedmiotu zamówienia, opisem sposobu obliczenia ceny oferty i innymi wymaganiami SIWZ. Zamawiający działa w pewnych ogólnych ramach, natomiast to dany wykonawca przywołuje, wskazuje, określa, pokazuje czynniki szczególnie sprzyjające kalkulacji jego ceny ofertowej. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny – przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie – załączenie dowodów.

139. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1981/20

Jak wynika z przepisu art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Ustawodawca nie rozstrzygnął wprost jak należy rozumieć wspomniany obowiązek wykazania, niemniej jednak – posiłkując się treścią przepisu art. 90 ust. 1 Pzp – należy wnioskować o konieczności poparcia wykazywanych okoliczności stosownymi dowodami. Skład orzekający podziela przy tym wyrażane niejednokrotnie w orzecznictwie KIO zapatrywania, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp nie ma obowiązku przedstawiania dowodów na potwierdzenie każdej przywołanej w wyjaśnieniach okoliczności. Powyższe zasadniczo dotyczyć będzie

sytuacji, w których wykonawca powołuje się na okoliczności powszechnie znane (np. ceny paliw, płaca minimalna) bądź ceny (koszty), które nie odbiegają od standardów w danym sektorze rynku. Nie wyłącza to jednak obowiązku scharakteryzowania przytaczanych okoliczności, aby zamawiający – badając cenę oferty wezwanego wykonawcy – był w stanie ocenić, czy w ich zakresie wystarczające jest samo oświadczenie wykonawcy. Wynika z tego, że oświadczenia wykonawcy również należy rozpatrywać (oceniać) w kontekście spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

140. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 1969/20

Zauważyć należy, że Odwołujący w odwołaniu kwestionował prawidłowość kalkulacji ceny oferty Przystępującego XXX, Przystępującego YYY z uwagi na nieprawidłowe oszacowanie wynagrodzenia miesięcznego za świadczenie usługi ochrony na obiekcie przy ul. XXX, tj. jednego z 15 obiektów, w którym miała być świadczona usługa bezpośredniej ochrony fizycznej. Wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób uznać, że ustalenie wynagrodzenia za świadczenie usługi ochrony na tym obiekcie należy traktować oddzielnie i uznać, że ewentualne zaniżenie wynagrodzenia w zakresie tego obiektu przez Przystępującego XXX oraz XXX świadczy o rażąco niskiej cenie. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu ryczałtowy charakter wynagrodzenia, tj. wynagrodzenia, które obejmowało

świadczenie usługi ochrony na wszystkich obiektach łącznie, a nie za każdy obiekt oddzielnie. Ustalając tym samym ryczałtowy charakter wynagrodzenia, Zamawiający umożliwił wykonawcom dowolny sposób kształtowania ceny oferty, w tym możliwość ujmowania różnych kosztów w różnych pozycjach. Również konsekwencją wynikającą z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe uwzględnione w wynagrodzeniu za każdy obiekt oddzielnie. Ponadto jeżeli w postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, to struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe, nie mają tak dużego znaczenia, jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SIWZ. W konsekwencji Izba w składzie orzekającym – uwzględniając zapisy Rozdziału XII SIWZ – stwierdziła, że oferty złożone przez XXX, YYY, ZZZ winny być traktowane jako integralna całość, a realność i rentowność oferty ustalana być powinna w oparciu o wszystkie kształtujące ją czynniki, a nie dowolnie wybrane elementy tej ceny, które zakwestionował Odwołujący. Skład orzekający stwierdził również, że nie sposób również uznać, że ustalone miesięczne wynagrodzenie za ochronę fizyczną obiektu przy ul. XXX stanowiło istotny element ceny oferty, bowiem kwota 7 108,20 zł (XXX) przy miesięcznym wynagrodzeniu w łącznej wysokości 212 318,91 zł stanowi ok. 3,5% tego wynagrodzenia miesięcznego. Uwzględniając więc powyższe oraz

fakt, że ceny ofert Przystępujących XXX i YYY oraz wykonawcy ZZZ były znacząco wyższe od budżetu Zamawiającego, np. w zakresie części V zamówienia oferta XXX była o prawie 31% wyższa w stosunku do szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia brutto. Ponadto wszystkie ceny kształtowały się na zbliżonym poziomie, skład orzekający uznał, że Zamawiający nie miał podstaw, aby wątpić w realność cen zaoferowanych przez ww. wykonawców w części I zamówienia.

141. Wyrok z dnia 18 września 2020 r., sygn. akt KIO 1897/20

Przepis art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony jako uzupełnienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla celów ustawowego wskazania, czy też „podpowiedzi” zamawiającemu (i wykonawcom), kiedy zamawiający powinien obligatoryjnie uznać, że zaoferowane ceny „wydają mu się rażąco niskie” i powinny „budzić jego wątpliwości”. Konstrukcja przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość zwrócenia się przez zamawiającego o wyjaśnienia w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w punkcie 2. tego przepisu oraz obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w przypadku opisanym w punkcie 1., choć od obowiązku tego może odstąpić, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych. Przy tym art. 90 ust. 1a wskazuje, że cena oferty ma być niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający uznał, że pomimo iż średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych dla części IV po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej jest wysoka (4.269.671,62 zł), to wynika to z tego, że niektóre z tych cen są rażąco wysokie i nie odzwierciedlają realnej wartości usługi, przez co ewidentnie i sztucznie zawyżają ww. średnią. Nie jest to stwierdzenie pozbawione słuszności, gdyż rzeczywiście ceny kilku ofert są znacznie za wysokie. Jednak, jak wskazuje powyższe wyliczenie, aby kwestionowane oferty Konsorcjum XXX nie mieściły się w dyspozycji art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby pominąć w obliczeniach aż cztery oferty.

142. Wyrok z dnia 22 września 2020 r., sygn. akt KIO 1943/20

Zdaniem Izby, w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych rzeczywiście nie wskazano minimalnego okresu, który zamawiający powinien zagwarantować wykonawcy na udzielenie wyjaśnień, jak to ma miejsce np. w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w określaniu przez zamawiającego tego terminu.

Bowiem z innych zasad prawa – również z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wynika, że każdy termin określany w stosunkach pomiędzy podmiotami powinien być „odpowiedni”, „stosowny” lub „adekwatny” do danej czynności, w tym stopnia jej skomplikowania. W tym przypadku, jak wskazały Strony za orzecznictwem – realny dla przygotowania i doręczenia rzetelnych wyjaśnień.

143. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 2078/20

(...) Odnosząc się do kwestii powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający mogą kierować powtórne wezwania do wyjaśnień, jeżeli wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Jeżeli natomiast wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie zawierają nawet informacji wskazanych wprost przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym nie zawierają dowodów i wyliczenia ceny (wymienienie kosztów nie jest tym samym, co ich wyliczenie i w efekcie – wyliczenie całej ceny oferty), to nie można uznać, że zamawiający zobowiązany jest raz jeszcze wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w istocie w takim samym zakresie.

Art. 90 ust. 3**144. Wyrok z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 486/20**

Izba stwierdziła, że złożone przez Odwołującego w dniu 20 stycznia 2020 r. wyjaśnienia w sposób wystarczający wskazują na realność

zaoferowanej przez Odwołującego ceny. W żadnym razie nie można uznać, że nie zostały one złożone, bądź że są lakoniczne. Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się do szeregu kosztów niezbędnych do poniesienia w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał Zamawiającemu m.in. sposób kalkulacji kosztów pracy, w tym czas pracy i wysokość wynagrodzenia, które jest zgodne z obowiązującymi przepisami. Odwołujący przedstawił także informacje o sposobie kalkulacji i wysokości kosztów administracji, transportu, utrzymania biura, obsługi w okresie gwarancji i rękojmi, przewidział też pozycje na koszty dodatkowe oraz zysk. Odwołujący przedstawił też dowody na potwierdzenie wysokości części kosztów. Szczegółowe odniesienie się przez Izbę do treści wyjaśnień nie jest możliwe z uwagi na ich częściowe objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Zaznaczenia jednak wymaga, że Zamawiający nie podał w wątpliwość ww. kosztów ani sposobu ich obliczenia.

Zamawiający w wystosowanym do Odwołującego w dniu 14 stycznia 2020 r. wezwaniu do wyjaśnień nie wymagał złożenia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji obejmującej wszystkie koszty realizacji zamówienia. Takiego wymogu Zamawiający nie sformułował też w specyfikacji. W sytuacji zatem, gdy dokonana na potrzeby wyjaśnień „przybliżona” kalkulacja jest nieznacznie niższa od zaoferowanej ceny, a jednocześnie nie wskazuje na popełnione przez Odwołującego błędy przy jej obliczeniu, jak też nie wskazuje na przyjęte błędne założenia, brak jest podstaw do uznania, że tego typu niespójność stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby, wystąpienie określonych okoliczności umożliwiających danemu wykonawcy obniżenie oferowanej przez niego ceny nie jest konieczne do uznania, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Żadne szczególne okoliczności mogą nie występować w odniesieniu do danego wykonawcy – jeżeli jednak cena jego oferty pokrywa wszystkiego koszty z tytułu realizacji danego zamówienia i pozwala wykonawcy na uzyskanie choćby minimalnego zysku, to wyklucza to uznanie ceny za rażąco niską. Izba zważyła przy tym, że Zamawiający nie zakwestionował ani doboru czynników, które Odwołujący objął wyjaśnieniami, ani stawek przyjętych przez Odwołującego do kalkulacji. W sytuacji zaś, kiedy dane przyjęte do kalkulacji są prawidłowe, a co za tym idzie, zaoferowana cena jest realna, brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy wykazywania tego typu okoliczności.

145. Wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 758/20

(...) Zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, które mogły zrodzić u niego pewne wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien to uczynić, gdyż w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp (w tym art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 3 pzp rozpatrywanych w kontekście wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) nie stały temu na przeszkodzie, a wręcz obligowały do tego, skoro niewyjaśnione stały się podstawą faktyczną odrzucenia

oferty. W szczególności przy stosowaniu art. 90 ust. 3 pzp należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”} – czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” wskazuje bowiem nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

146. Wyrok z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1029/20

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną – nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale też w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwszy z nich zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienia rażąco niskiej ceny), drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego lub brak możliwości dokonania oceny pozytywnej, co w konsekwencji również skutkuje oceną negatywną.

W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym – na co wskazuje liczne orzecznictwo Izby – nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też co prawda przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia”, lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści”) – przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, ze względu na brak merytorycznej treści wyjaśnień, w tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz – aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane – musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień. Odwołujący otrzymał szansę wyjaśnienia swojej oferty w zakresie ceny, lecz jej nie wykorzystał.

Art. 91**147. Wyrok z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1486/20**

Zarzut nie potwierdził się. Kryteria oceny ofert służą do oceny wykonawców. Ocena ta może być oceną jedynie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia, czyli przy zastosowaniu kryterium cenowego albo przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. W przedmiotowej sprawie zamawiający zdecydował się skorzystać z oceny efektywności złożonych ofert, formułując kryteria odnoszące się nie tylko do ceny, ale także do jakości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie podkreślał, że ustanowione kryterium jakościowe daje mu szansę na pozyskanie zamówienia zapewniającego 100% kompatybilność i bezawaryjność systemu. W ocenie Izby kryterium sformułowane przez zamawiającego nie przekreśla szans wykonawców oferujących komponenty systemu pochodzące od różnych producentów, mogą oni złożyć ważną ofertę, ale będą oni musieli konkurować ceną, tak aby wyrównać zamawiającemu ryzyko ewentualnego awaryjnego działania systemu czy gorszej wydajności systemu złożonego z komponentów różnych producentów.

Art. 91 ust. 1**148. Wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1537/20**

Podkreślenia wymaga, że ocena ofert z zastosowaniem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny dotyczy wyłącznie

ofert prawidłowych, tj. ofert, które nie podlegają odrzuceniu na którejkolwiek podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem – najpierw zamawiający bada, czy nie ma obowiązku odrzucić ofertę, a następnie (po ustaleniu, że oferta nie podlega odrzuceniu – jest ofertą prawidłową) poddaje ją ocenie z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny. Taki sposób oceny wynika z systematyki ustawy Pzp (art. 89 poprzedza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ) i stanowi gwarancję zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji – zamawiającemu nie wolno dopuścić (stąd nakaz odrzucenia ofert z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) do poddania ocenie ofert prawidłowych i ofert nieprawidłowych. Oznacza to, że kwestią bez znaczenia pozostaje to, czy oferta podlegająca odrzuceniu jest korzystniejsza od innych, prawidłowych ofert.

149. Wyrok z dnia 17 sierpnia 2020r., sygn. akt KIO 1323/20

Mówiąc wprost, jeżeli przy kryterium jakościowym, w ramach którego badane są kwestie ilościowe (liczba elementów opisu funkcjonalności), jeden z wykonawców zawarł ilościowo więcej scenariuszy i elementów winien on otrzymać wyższą ocenę, zaś jego oferta staje się mimowolnie punktem odniesienia dla pozostałych ofert, które zawierają w ramach proponowanego rozwiązania mniejszą liczbę pożądaných elementów. Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące przyznawania przez Zamawiającego punktów za elementy kryteriów inne niż wymienione w SIWZ. Izba dokonując analizy szczegółowych ocen sporządzonych w postępowaniu, stwierdziła, że taka sytuacja

nie miała miejsca. Zamawiający w szczegółowej ocenie odnosił się wprost do każdego elementu kryterium, żadnego nie pomijając i uzasadniał zasadność dokonanej punktacji.

Art. 91 ust. 2d

150. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 823/20

Izba wskazuje, iż opis sposobu oceny ofert kryterium pozacenowego pn. „jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją” ocenianego na podstawie załączonego do oferty dokumentu pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem” [dalej „metodologia”] potwierdza, że mamy do czynienia z kryterium jakościowym o charakterze ocennym. Powyższe w żadnej mierze nie oznacza, że takie kryterium może być stosowane w oderwaniu od obowiązujących przepisów i zasad ich stosowania określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż nieprawidłowe było działanie Zamawiającego polegające na dokonaniu oceny oferty Odwołującego w ramach ww. kryterium przez trzech członków komisji, podczas gdy z treści SIWZ wynikało, że ocena taka będzie dokonywana przez dwóch merytorycznych członków komisji na podstawie indywidualnej oceny. Podkreślić trzeba, iż po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest odstępowanie czy też modyfikowanie zasad określonych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym dotyczących sposobu oceny ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska godziłoby

w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba wskazuje, iż słusznie wskazywał Odwołujący, iż w omawianym kryterium oceny ofert Zamawiający nie przewidział szczegółowych zasad przyznawania punktów za poszczególne elementy metodologii. Z treści ww. kryterium wynikało jedynie, że za opisanie/przedstawienie/zaproponowanie danego elementu metodologii wykonawca miał otrzymać konkretną, tj. maksymalną ilość punktów. Izba wskazuje, iż gdyby nawet podzielić stanowisko Zamawiającego, iż z określenia „maksymalna” wartość dla danego zagadnienia wynika, że wykonawca może otrzymać mniejszą liczbę punktów aniżeli maksymalna za poszczególne elementy metodologii, to dostrzec należy, że z treści SIWZ nie wynikały żadne reguły dotyczące gradacji punktów za poszczególne elementy składowe metodologii. Zamawiający nie określił żadnych zasad dotyczących przyznania punktów za dany element metodologii. Nie określił jakimi miernikami i wytycznymi będzie się kierował podczas oceny metodologii. Nie opisał też jakie czynniki będą wpływać na obniżenie punktacji przewidzianej za dany element. Wskazać należy, iż brak jakichkolwiek wytycznych Zamawiającego w ww. zakresie doprowadził do sytuacji dowolnej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przez poszczególnych członków komisji przetargowej, uniemożliwiając wykonawcom rzeczową polemikę w zakresie przyznanej punktacji.

151. Wyrok z dnia 11 września 2020 r., sygn. akt KIO 2001/20

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego podkreślić należy, że Zamawiający w punkcie 9.2.2.4 SIWZ określił szczegółowe wytyczne dotyczące oceny w kryterium LL, w tym informacje dla wykonawców co do sposobu ustalenia liczby linii lotniczych. Zamawiający wskazał, że wykonawca ma obowiązek podać liczbę linii lotniczych działających (bez upadłych i w likwidacji) oraz że liczba linii lotniczych ma uwzględniać tylko linie lotnicze, które się nie powtarzają. Jednocześnie Zamawiający nie określił żadnych innych wytycznych dotyczących sposobu ustalenia liczby linii lotniczych, w tym nie wskazał, że muszą to być linie lotnicze, które na dzień składania ofert spełniają standardy Międzynarodowego Stowarzyszenia Transportu Lotniczego (IATA) w zakresie bezpieczeństwa i jakości świadczonych i usług oraz nie odwołał się do rejestru publikowanego przez to stowarzyszenie. Zauważenia wymaga, że kryteria oceny ofert muszą być określone w sposób jasny i precyzyjny, niepozostawiający pola do ich interpretowania w sposób odbiegający od literalnego brzmienia SIWZ. Jak stanowi art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Oznacza to, że opis kryteriów oceny ofert przedstawiony w SIWZ należy uznać za kompletny i wyczerpujący, nie jest natomiast dopuszczalne, aby na etapie oceny ofert opis ten uzupełniać o dodatkowe wymagania

wyinterpretowane z innych postanowień SIWZ. Zauważyć również należy, że punkt 17 SOPZ wprost odnosi się do etapu realizacji zamówienia, stanowiąc, że usługi świadczone w trakcie realizacji zamówienia będą spełniały określone standardy. W tej sytuacji i przy braku zamieszczenia analogicznych wymagań w opisie kryterium oceny ofert, brak jest podstaw do przyjęcia, że w liczbie linii lotniczych przedstawianej do oceny w ramach kryterium oceny ofert należy ująć tylko te linie, które na dzień składania ofert spełniają standardy IATA i są ujęte w publikowanym przez to stowarzyszenie wykazie.

Art. 92 ust. 1 pkt 2

152. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1961/20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, albowiem treść informacji w zakresie wykluczenia odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12, nie wyjaśnia w sposób przejrzysty i jednoznaczny faktycznej podstawy jego wykluczenia. Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby – jak już wskazywano powyżej – zamawiający wykluczył odwołującego w rzeczywistości za to, że ten nie domyślił się, że będąc wzywany do uzupełnienia wykazu usługi i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, miał poprawić formularz ofertowy w pkt 11 i taki poprawiony dokument złożyć zamawiającemu. W ocenie Izby potwierdza to, że zamawiający w sposób jednoznaczny i przejrzysty

nie wykazał podstawy wykluczenia, gdyż nie była ona w ogóle skorelowana z treścią skierowanego do odwołującego wezwania z dnia 22 lipca 2020r., a lakoniczne stwierdzenia zamawiającego znajdujące się w uzasadnieniu czynności wykluczenia wskazywały, że zamawiający wykluczył odwołującego za brak dokumentu, którego poprawy nie wymagał. W ocenie Izby taki stan faktyczny daje podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Art. 92 ust. 1 pkt 3

153. Wyrok z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 411/20, KIO 413/20, KIO 450/20

Dostrzeżenia wymaga, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 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. Przywołany przepis stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość 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. (...) W tym miejscu warto przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 roku w sprawie C-406/08 w postępowaniu Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, że *Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.*

154. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 796/20

Po drugie podkreślenia wymaga, że Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego poprzez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. 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. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego.

Dlatego też duże znaczenie dla rozstrzygnięcia miał fakt, że uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w sposób bardzo lakoniczny i szczątkowy wyjaśniało przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Znaczną jego część stanowił opis stanu faktycznego, który sam w sobie uzasadnienia merytorycznego nie stanowi. Zamawiający wywiódł jedynie, że przedstawione w szczegółowym kosztorysie zestawienie materiałów i sprzętu nie zawiera ilości maszynogodzin, ilości poszczególnych materiałów i roboczogodzin (wskazując przykładowe pozycje), czego jednak w ogóle nie uzasadnił. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie dokonał oceny, że w poszczególnych pozycjach kosztorysu znalazły się błędne wyliczenia i z czego te błędy miałyby wynikać. Zamawiający poprzestał na wskazaniu, że zestawienie „nie zawiera ilości maszynogodzin,

materiału czy roboczogodzin całego kosztorysu”, nie tłumacząc, co powinno zostać przez Odwołującego uwzględnione w wycenie i na jakiej podstawie. Wskazując przykładowe pozycje, w których stwierdzono uchybienia, Zamawiający posłużył się jedynie lakonicznymi i gołosłownymi twierdzeniami, nie wyjaśniając, dlaczego określone nakłady czy współczynniki winny być zastosowane podczas wyceny i z czego to wywodzi.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

155. Wyrok z dnia 9 marca 2020 r., sygn. akt KIO 370/20

Na zakończenie należy również zaznaczyć, co przyznał również Odwołujący, że dla ziszczenia się przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, do unieważnienia postępowania wystarczające jest zaistnienie sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza/z najniższą ceną, przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skład orzekający w całości podziela pogląd prezentowany w części orzeczeń, iż możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery dyspozycyjnej pozostawionej zamawiającemu. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w protokole, iż taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe wywodzenie z tego przepisu obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość środków przeznaczonych

na sfinansowanie zamówienia. Skoro obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie przy otwarciu ofert kwoty środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to należy uznać, iż środki te, jako zabezpieczone w budżecie na realizację inwestycji, pozwolą na udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może dowolnie ograniczać tej kwoty, co mogłoby spotkać się z zarzutem działania naruszającego zasady postępowania. Ustawodawca nie nałożył przy tym na zamawiającego obowiązku „poszukiwania” dodatkowych środków, gdyby te zabezpieczone w momencie wszczęcia postępowania okazały się niedostateczne. W tej sytuacji nie ma podstaw do formułowania nakazu uzasadnienia przyczyn, które uniemożliwiają zamawiającemu przeznaczenie dodatkowych kwot na zakup przedmiotu zamówienia. Nie można również pozostawić bez komentarza stwierdzenia, iż to Zamawiający ma prawo do ustalenia, czy przy danych warunkach rynkowych wybór oferty droższej okaże się korzystny. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasad wydatkowania środków publicznych, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Założenie Odwołującego, iż Zamawiający powinien wykorzystać środki zaoszczędzone w ramach części 2 zamówienia, pomija istotną kwestię racjonalności decyzji o wyborze oferty droższej, niż zakładany próg wydatków przewidzianych w momencie ogłoszenia o zamówieniu. Ostatecznie decyzji Zamawiającego pozostawiono możliwość pozyskania (przesunięcia) środków, jeżeli decyzja ta ma racjonalne podstawy.

156. Wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 672/20, KIO 677/20

(...) na gruncie ustawy Pzp decyzja zamawiającego o zwiększeniu kwoty środków przeznaczonych uprzednio na realizację zamówienia i ogłoszonej przed otwarciem ofert jest jego decyzją suwerenną i ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (jak zaznacza się w orzecznictwie) są uprawnieniem zamawiającego (nie jego obowiązkiem) i w zależności od statusu prawnego jednostki zamawiającej podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dotyczyć to może także części zamówienia (wyodrębnionego zadania), co ma miejsce w niniejszej sprawie i wówczas wskazany przepis art. 93 ust.1 pkt 4 stosuje się w związku z art. 93 ust. 2 Pzp odpowiednio. W stanie faktycznym sprawy dla każdego zadania (rozdział 3.2 SIWZ) prowadzone było odrębne postępowanie przy wyborze oferty, w tym odrębnie szacowane były wartości, a także odrębnie – w trybie art. 86 ust.3 ustawy Pzp – ogłoszona została na tle składanych w danym zadaniu oferty przed ich otwarciem – kwota jaką zamierzał zamawiający przeznaczyć w danym zadaniu na realizację zamówienia. Takie procedowanie mieści się w kompetencjach zamawiającego,

a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp tych kompetencji nie ograniczają. Niewątpliwie przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazuje na to wprost brzmienie tego przepisu. Izba na marginesie zauważa, że Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 konsultował możliwe rozwiązania z właściwym dla jednostki organem, przedstawiając (pismo z dnia 19 marca 2020 r. skierowane do zastępcy Prezydenta Miasta XXX) możliwe alternatywne rozwiązania, w tym zwiększenie środków nie uzyskując co do tej propozycji akceptacji. Dodatkowo należy za doktryną i orzecnictwem podnieść, że Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydentem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający (co już zauważono) nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków. Zdaniem Izby nie są słuszne twierdzenia,

że przesłanka nie ma zastosowania z uwagi na postanowienia § 5 wzoru umowy. Celem prowadzonego postępowania jest realizacja prac objętych zadaniem 1 w całym okresie. I w tym przypadku Izba zgodziła się z Zamawiającym (z uwagi na przyjętą formułę kosztorysowego rozliczania wynagrodzenia), że te postanowienia będą miały zastosowanie, ale tylko w przypadku, gdy przekroczenie kwoty będzie spowodowane przekroczeniem przewidywanych przez Zamawiającego ilości wskazanych dla kalkulacji ceny oferty. Wtedy w istocie obiektywnie będzie zmuszony do poszukiwania dodatkowych środków celem zabezpieczenia wykonania prac w całym okresie, przewidzianym w umowie.

157. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1562/20

W konsekwencji, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyłącznie odnosząc się do tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji. Należy w tym miejscu również wskazać, że kwestia ta została poruszona już w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z 2014 r. (...).

Art. 93 ust. 1 pkt 6**158. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 373/20**

Zatem aby ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, muszą łącznie zajść trzy przesłanki: 1) musi wystąpić istotna zmiana okoliczności, 2) zmiana ta musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie składu orzekającego nie ziściła się żadna z tych przesłanek.

Po pierwsze, okoliczności, że planowane są pewne zmiany organizacyjne, mogące w przyszłości mieć hipotetyczny wpływ na realizację zamówienia, są znane co najmniej od początku lutego tego roku (co potwierdza pytanie zadane Zamawiającemu, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 7 lutego 2020 r.). Zamawiający, udzielając odpowiedzi, co najmniej zbagatelizował obawy wykonawców co do dalszych losów postępowania o udzielenie zamówienia, chociaż już wówczas dysponował, jak twierdził na rozprawie, pismem z 14 stycznia 2020 r., „zgodnie z którym trwają niepubliczne uzgodnienia międzyresortowe ustawy likwidującej SAR i połączenie z Urzędami Morskimi”. W ocenie Zamawiającego nie mógł się na nie powołać, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 15, ponieważ nie było ono upublicznione, równocześnie jednak na rozprawie nie wskazywał, w jaki sposób było upublicznione później (skoro powoływał się na nie na rozprawie). Dlatego nie można stwierdzić, że nastąpiła zmiana okoliczności, która miałyby prowadzić

do unieważnienia postępowania. Za zmianę okoliczności nie może być uznana „informacja z 14 lutego 2020 r.”, ponieważ nie zaistniała ona w obiegu prawnym (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, w tym dniu odbywały się uzgodnienia międzyresortowe, jednak w ich wyniku nie powstał żadne dokument). W ocenie Izby przekaz ustny nie może być podstawą podejmowania istotnych decyzji w praworządym państwie prawa.

Po drugie, zmiana okoliczności, będących podstawą do unieważnienia postępowania musi być istotna – tzn. mieć charakter zasadniczy, definitywny, który jest możliwy do udokumentowania. Tymczasem Zamawiający powołał się jedynie na nieformalne uzgodnienia międzyresortowe, z których nie sporządzono żadnej notatki. Dlatego obecnie nie można wykluczyć, że jakieś zmiany nastąpią w przyszłości, jednak nie udokumentowano, jakie będą to zmiany, kiedy nastąpią i jakie będą miały skutki dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia

Po trzecie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych jest możliwe, jeżeli prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający na rozprawie wywodził, że w związku z połączeniem służb, nie będzie potrzebny statek wyspecjalizowany, ale wykorzystywane będą statki wielozadaniowe, realizowane obecnie przez Przystępującego. Jednak Zamawiający nie poparł swoich wywodów żadnym dokumentem, z którego wynikałoby, że podmioty, posiadające ku temu odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia,

dokonały szczegółowej analizy celowościowej, ekonomicznej i gospodarczej, mogącej być podstawą decyzji o zaniechaniu budowy statku wyspecjalizowanego, będącego przedmiotem zamówienia. Wywód Zamawiającego wydaje się logiczny, jednak nie jest poparty żadnymi dokumentami. Biorąc pod uwagę, że niezależnie od zmian podmiotowych, zadania ratownicze będą musiały być nadal realizowane, można przyjąć alternatywne rozwiązanie niż prezentowane przez Zamawiającego – zadania Zamawiającego faktycznie przejmie inny podmiot, który jednak będzie potrzebował wyspecjalizowanego statku, który, przykładowo, jest szybszy i mogący realizować zadania ratownicze w bardziej efektywny sposób, niż jednostka wielozadaniowa.

159. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 912/20

(...) w przedmiotowej sprawie wystąpiła istotna zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Pandemia koronawirusa COVID-19 i ogłoszenie w kraju stanu zagrożenia epidemiologicznego, a następnie stanu epidemii, niewątpliwie stanowiło okoliczność zewnętrzną, mającą istotne znaczenie z perspektywy funkcjonowania uczelni wyższych, w tym Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z hipotetycznym ryzykiem wystąpienia okoliczności mogącej oddziaływać na dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, lecz ze zmianą okoliczności o obiektywnym charakterze, która faktycznie nastąpiła. Zmiana ta była zmianą istotną, w jej efekcie zaistniała bowiem konieczność znaczącej reorganizacji działań

jednostek systemu oświaty, w tym uczelni wyższych, wiążąca się m.in. z przejściem na tryb nauczania zdalnego. Powyższe stanowi fakt powszechnie znany, nie wymagający dowodu. Jak wskazuje się w orzecznictwie, aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18). Nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający wszczynając postępowanie tej istotnej zmiany okoliczności nie mógł przewidzieć. W momencie wszczęcia postępowania, tj. w dniu 18 lutego 2020 r., zagrożenie epidemiologiczne (a co za tym idzie także wiążące się z nim ograniczenia mające służyć przeciwdziałaniu rozwojowi epidemii), nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia ani przez Zamawiającego, ani żaden inny podmiot działający z zachowaniem należytej staranności, którego zawodowa działalność nie wiąże się z szeroko rozumianą epidemiologią. (...) Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp możliwe jest na każdym etapie prowadzonego postępowania, również po upływie terminu składania ofert. W dniu 17 kwietnia 2020 r., tj. w chwili podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania jasnym stało się, że funkcjonowanie uczelni na zasadach, jakie istniały przed wprowadzeniem stanu epidemii, jest

w istocie niemożliwe. W okresie od wszczęcia postępowania do tego momentu sytuacja zmieniała się dynamicznie, czego efektem były kolejne decyzje organów państwowych w zakresie działań mających zapobiegać i przeciwdziałać rozprzestrzenianiu się wirusa COVID-19, w tym te wprowadzające ograniczenia w funkcjonowaniu jednostek systemu oświaty i przejścia w tryb pracy zdalnej (jak m.in. przywoływane przez Zamawiającego rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania niektórych podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19 z dnia 23 marca 2020 r.). (...) Izba uznała, iż całokształt okoliczności wiążących się z ogłoszonym na terenie kraju stanem epidemii uprawniał Zamawiającego do przyjęcia, że na dzień 17 kwietnia 2020 r., prowadzenie postępowania przestało leżeć w interesie publicznym. Okoliczności związane z pojawieniem się zagrożenia epidemiologicznego w ocenie Izby były na tyle znaczące, że zmusiły Zamawiającego do istotnego przeorganizowania sposobu wykonywania nałożonych na niego jako jednostkę systemu oświaty – uczelnię publiczną, zadań i to nie tylko w zakresie kształcenia, ale także w zakresie zapewnienia zaplecza socjalnego dla społeczności akademickiej, w tym co do funkcjonowania domów studenckich, których dotyczy przedmiotowe postępowanie. (...) Udzielenie zamówienia publicznego w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie, bez uwzględnienia istotnych zmian, które nastąpiły od momentu wszczęcia postępowania, przestało zatem leżeć w interesie publicznym, jak również nastąpiłoby ze szkodą dla środków

publicznych, którymi dysponuje Zamawiający. Wskazać należy, że pojęcie interesu publicznego jest pojęciem niedookreślonym, niemniej jego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego (w tym wypadku zamawiającego) w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 405/180). Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego (por. m.in. postanowienie KIO z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20). Co prawda interesu publicznego co do zasady nie powinno się utożsamiać z interesem własnym Zamawiającego, niemniej mogą mieć miejsce przypadki, kiedy te interesy będą zbieżne. Zamawiający będący uczelnią wyższą, realizuje cele publiczne związane z szeroko rozumianą oświatą i dysponuje środkami publicznymi przeznaczonymi na ten cel. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia nie może być oderwane od ww. okoliczności, tj. faktu, że Zamawiający gospodaruje

co do zasady środkami publicznymi, a ich bezcelowa dystrybucja zdecydowanie w interesie publicznym nie leży. Kontynuowanie przedmiotowego postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czego domaga się w istocie Odwołujący, prowadziłyby do sytuacji, w której Zamawiający miałby zawrzeć umowę w zakresie, który nie odpowiadał faktycznym potrzebom publicznym. Odwołujący nie kwestionował także stanowiska Zamawiającego, że obsługa portierska domów studenckich jest co do zasady finansowana ze środków pochodzących z opłat wnoszonych przez osoby korzystające z noclegów w akademikach (studentów, asystentów, doktorantów czy osoby wynajmujących pokoje komercyjnie), których to środków – wobec braku studentów i innych najemców, w tym komercyjnych – Zamawiający nie posiada w zakresie warunkującym sfinansowanie zamówienia. Nie sposób bowiem porównywać przychodów uzyskiwanych przy pełnej obsadzie domów studenckich (1000 osób, pełny miesiąc) z przychodami uzyskiwanymi z doraźnych (tygodniowych) noclegów ok. 50 osób. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma zastosowanie właśnie do takich sytuacji, jak będąca przedmiotem rozpoznania – kiedy to na skutek nadzwyczajnych okoliczności prowadzenie postępowania/wykonanie zamówienia stało się niecelowe lub wiązałoby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 99/16). (...) Argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający powinien prowadzić postępowanie, zawrzeć z nim umowę, a następnie ewentualnie skorzystać z możliwości odstąpienia od umowy

na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Pzp lub ograniczyć zakres umowy do 10%, którą to możliwość Zamawiający przewidział w SIWZ, jest bezzasadna. Odwołujący zdaje się pomijać okoliczność, że art. 145 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przesłanki analogiczne jak art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z którego Zamawiający skorzystał. Regulacje te są ze sobą spójne, przy czym art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp referuje jeszcze do etapu przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, zaś art. 145 ust. 1 odnosi się już do etapu po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Niekonsekwentne jest zatem twierdzenie, że Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania, ale po zawarciu umowy w razie potrzeby ewentualnie będzie mógł od umowy odstąpić. Ponadto stanowisko Odwołującego sprowadza się w istocie do tego, że Zamawiający miałby zawrzeć z Odwołującym umowę na realizację przedmiotu zamówienia, który w takim kształcie, jak pierwotnie ustalony, nie jest obiektywnie uzasadniony i nie leży w interesie publicznym, a następnie już tuż po zawarciu umowy dokonywać zmian ograniczających zakres zamówienia (czy to w zakresie, do jakiego uprawnia go SIWZ, czy też w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) lub od umowy odstąpić, narażając się na ewentualne roszczenia wykonawcy z tego tytułu.

160. Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 765/20

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje w przypadku spełnienia łącznie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie

zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć). Ciężar wykazania przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania spoczywa w tym przypadku na Zamawiającym, który z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Należy mieć na uwadze, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp posługuje się pojęciem interesu publicznego, który jest kategorią szerszą niż interes Zamawiającego czy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie co do znaczenia pojęcia interesu publicznego, wskazano przykładowo: w wyroku z dnia 10 października 2016 r., KIO 1804/16 – W doktrynie interes publiczny rozumie się jako określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu (ujętych abstrakcyjnie) podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. (...) Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy – często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowanym przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych. Konkretyzacja tego interesu następuje zatem albo „oddolnie”, albo też jest on kształtowany i wyrażany przez organ państwa, który prowadzi jego politykę w danej dziedzinie (...) (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11). Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (...). Przyjmuje się, że interes publiczny nie powinien stanowić

przeciwieństwa interesu prywatnego, nie jest też sumą interesów prywatnych (wyrok z dnia 22 lipca 2015 r. KIO 1500/15). Interesu publicznego nie można ponadto utożsamiać z interesem Zamawiającego, a ocena, czy w danym przypadku występuje okoliczność uzasadniająca jego istnienie dokonywana jest w momencie wszczęcia postępowania (wyrok KIO z dnia 14 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/09). Konieczność unieważnienia postępowania w rozpoznanej sprawie, Zamawiający uzasadnił stanem epidemii. Stan epidemii istniejący w dacie unieważnienia postępowania, wniesienia odwołania i obowiązujące w dniu wydania wyroku ograniczenia, mające na celu zmniejszenie zagrożeń związanych z możliwością zachorowania na COVID-19, nie stoją na przeszkodzie kontynuacji postępowań i zawieraniu umów. Stan epidemii nie wstrzymał wszczętych postępowań. Natomiast obowiązująca od 8 marca 2020 r. ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020 poz. 374 ze zm.) przewiduje rozwiązania umożliwiające dostosowanie umowy do istniejących warunków. Dotyczą one m.in. kar umownych, wypłaty wynagrodzenia oraz możliwości zmiany umowy – w wyroku z 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 599/20. Przedmiot zamówienia uzasadnia przyjęcie poglądu, że realizacja zabezpieczenia osuwisk w ciągu DW 975 wraz z budową mostu w m. Gródek nad Dunajcem pozostaje nadal otwarta, zachodzi potrzeba wykonania tych robót, potwierdza to też Zamawiający, rozważając ewentualną zmianę

warunków realizacji zamówienia. Zatem wyłączną przyczynę unieważnienia postępowania nie stanowiła okoliczność, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Przesłanka ta ma zastosowanie w sytuacji całkowitego odstąpienia od realizacji postępowania i w efekcie całkowitego odstąpienia do wykonania zamówienia. Kwestie finansowe wskazane przez Zamawiającego, co do zasady, przyjmowane są w orzecznictwie jako nie mające wpływu na decyzję o unieważnieniu postępowania z tego powodu, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W orzecznictwie zdarzały się rozstrzygnięcia wskazujące, że unieważnienie postępowania przetargowego z uwagi na fakt, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – było spowodowane zablokowaniem środków finansowych w budżecie oraz w konsekwencji brakiem środków finansowych na zakończenie procedury przetargowej. Jednakże w takich przypadkach zamawiający wykazywał przy pomocy dowodów istnienie wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Blokada środków finansowych została wykazana niepodważonymi dowodami.

Art. 93 ust. 1 pkt 7**161. Wyrok z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt KIO 605/20**

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu, ustalenie właściwego „poziomu” spełniania tych warunków dla wykonawców w odniesieniu do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców, a także ustalenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o dane zamówienie, którzy gwarantują prawidłową jego realizację. W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków podmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Nieprawidłowy opis warunków udziału stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby ten i ustalone zasady ich spełniania były opisane inaczej, to krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy (tak wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 76/18). Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta, choćby przez zmianę opisu warunków, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Wada ta więc

ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 93 ust. 1a

162. Wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1250/20

Zgodnie z art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Analiza ww. przepisu wskazuje, iż wprowadza on fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający może, ale nie musi dokonać czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zajdą okoliczności wskazane w tym przepisie. W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę, dyspozycją art. 93 ust. 1a ustawy Pzp zostały objęte również te przypadki, w których uprzednio przyznane zamawiającemu środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, zostały mu cofnięte. Pozbawienia zamawiającego środków finansowych na sfinansowanie inwestycji nie można inaczej rozumieć jak właśnie poprzez ich ostateczne nieprzyznanie.

Kluczowym dla unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp jest jednak to, czy utrata środków finansowych, które zostały uprzednio zamawiającemu przyznane, spowodowana była przyczynami niezależnymi od zamawiającego, czy też wywołana została działaniami lub zaniechaniami samego zamawiającego, który przykładowo nie wystąpił z wnioskiem o dofinansowanie projektu albo gdy pozbawienie dofinansowania nastąpiło z inicjatywy zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy, Izba wskazuje, iż bezspornym między Stronami postępowania odwoławczego było to, że możliwość unieważnienia przedmiotowego postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższego w ocenie Izby nie zmienia okoliczność, iż wprowadzenie możliwości skorzystania przez Zamawiającego z unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nastąpiło wskutek zmiany pierwotnej treści ogłoszenia o zamówienia dokonanej w dniu 18 marca 2020 r. Słusznie bowiem wskazał Zamawiający, iż okoliczności towarzyszące wprowadzeniu przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp do treści ogłoszenia o zamówieniu nie są objęte ww. przepisem. Ponadto zauważyć należy, iż z treści ww. przepisu nie wynika, by przesłanka umożliwiająca zamawiającemu podjęcie decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, musiała figurować od początku trwania

postępowania zainicjowanego przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Dalej za Zamawiającym Izba wskazuje, iż za nieprawidłowe należy uznać twierdzenia Odwołującego, który wywodził, że przepis art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający będący jednostką organizacyjną Skarbu Państwa zostaje pozbawiony finansowania przez Skarb Państwa. W takiej sytuacji – zdaniem Odwołującego – Zamawiający sam pozbawia się finansowania inwestycji i nie zachodzi przesłanka, w której „środki na finansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane”, bowiem jak twierdził „Skarbowi Państwa nikt nie odebrał pieniędzy”. W kontekście powyższego Izba wskazuje, że pojęcie zamawiającego, o którym mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, należy odnosić do katalogu zamawiających zawartego w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych jest XXX, będąca jednostką organizacyjną Skarbu Państwa, nie zaś Skarb Państwa. Bez wpływu na status prawny XXX w świetle przepisów ustawy Pzp pozostaje okoliczność, iż Zamawiający korzysta z osobowości prawnej Skarbu Państwa. Tym samym ocena ziszczenia się przesłanki nieprzyznania środków na sfinansowanie całości lub części zamówienia winna być dokonywana wobec tak rozumianego zamawiającego.

Art. 131bc ust. 4**163. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 321/20**

W odniesieniu do sporu prawnego dotyczącego art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp Izba nie podzieliła sposobu wykładni tej regulacji zaprezentowanego przez odwołującego. Zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący błędnie oddziela regulację zawartą w zdaniu pierwszym art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp od unormowania zawartego w zdaniu drugim tego artykułu. Uregulowania te zostały przez ustawodawcę umieszczone w ramach jednej jednostki redakcyjnej (ten sam ustęp art. 131bc ustawy Pzp) i winny być interpretowane łącznie. Ratio legis tego przepisu widoczne jest w przypadku ścisłego powiązania treści zawartej w zdaniu pierwszym z treścią zawartą w zdaniu drugim. Polega ono na wprowadzeniu do ustawy wyjątku od zasady, zgodnie z którą uznanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za złożonego w terminie ma miejsce wtedy, gdy wniosek ten zostanie zamawiającemu doręczony przed upływem terminu na złożenie wniosków wyznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast przepis art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp ustanawia wyjątek, zgodnie z którym za złożony w terminie może zostać uznany wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który został doręczony po upływie terminu na złożenie wniosków wyznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu, lecz nie później niż siódmego dnia od upływu tego terminu w przypadku, gdy przed upływem wyznaczonego terminu został on wysłany, o czym wykonawca poinformował zamawiającego drogą telefoniczną.

Powyższa regulacja ma znaczenie w sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie pisemnej składany jest za pośrednictwem operatora pocztowego. W każdym jednak przypadku z chwilą upływu terminu wyznaczonego na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć wiedzę co do wniosków złożonych w postępowaniu, czemu służy omawiany przepis. Należy podkreślić, iż istotna jest kolejność regulacji zawartych w art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp. W pierwszym zdaniu ustawodawca wprowadził uprawnienie (stąd wyrażenie „informacja [...] może być przekazana”) wykonawcy do telefonicznego poinformowania zamawiającego o wysłaniu (złożeniu) przez niego wniosku. W sytuacji skorzystania przez wykonawcę z tego uprawnienia aktualizuje się regulacja zawarta w zdaniu drugim art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp, zawierającym przesłanki (warunki) uznania wniosku za złożony w terminie – w tym przypadku, tj. w przypadku powiadomienia telefonicznego zamawiającego o złożeniu wniosku. Należy zatem częściowo zgodzić się z odwołującym, iż w norma zawarta w zdaniu pierwszym art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp statuuje jedynie uprawnienie, a nie obowiązek wykonawcy. Jednakże skorzystanie z tego uprawnienia jest jednocześnie warunkiem koniecznym, aby wniosek wykonawcy mógł zostać uznany za złożony w terminie na zasadach określonych w zdaniu drugim art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp, a nie na zasadach ogólnych, zgodnie z którymi znaczenie ma doręczenie wniosku zamawiającemu przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczonego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dodatkowo należy zauważyć, iż odczytywanie regulacji zawartej w pierwszym zdaniu art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp w oderwaniu od regulacji zawartej w drugim zdaniu tego artykułu prowadziłyby do konieczności postawienia pytania o racjonalną przyczynę wprowadzenia takiej regulacji do ustawy Pzp, której to w ocenie składu orzekającego nie sposób się doszukać.

Art. 179 ust. 1

164. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20

Interes wykonawcy we wniesieniu odwołania należy oceniać na moment jego wniesienia. W tym przypadku interes we wniesieniu odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: XXX (Konsorcjum lub Odwołujący) sprowadzał się do dążenia wykonawców przywrócenia oferty Konsorcjum do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez uchylenie czynności Zamawiającego, który decyzją z dnia 9 kwietnia 2020 r. odrzucił ofertę z postępowania, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust.7b ustawy Pzp. Zamawiający uznał bowiem, że Odwołujący nie wniósł wymaganego w postępowaniu wadium, z uwagi na kwestionowaną przez niego treść przedłożonego poręczenia. Wadliwe odrzucenie tej oferty (z naruszeniem wskazanej przesłanki) powodowało szkodę po stronie Konsorcjum, której wykazanie (łącznie z interesem) także jest wymagane wskazanym przepisem. Zatem oceny istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia – zdaniem Izby – fakt unieważnienia postępowania

o zamówienie publiczne, które nastąpiło w dniu 26 maja 2020 r. po dacie wniesieniu odwołania. Jednakże okoliczność unieważnienia przedmiotowego postępowania, która to czynność uprawomocniła się, miała wpływ na rozstrzygnięcie wyrażone w sentencji wyroku w związku z ograniczeniem wynikającym z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

165. Wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 875/20

Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem 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, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający złożył jedynie oświadczenie, niepoparte żadnymi dowodami), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, a nie do dążenia do nieuprawnionego uprzywilejowania Odwołującego.

Skoro oferta Odwołującego nie jest odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia

w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. W wyroku w sprawie C-110/12 *Fastweb* Trybunał wskazał, że każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych wykonawców, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33). W wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 PFE Trybunał potwierdził ww. stanowisko i ponownie orzekł, że w sytuacji, w której dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia.

Po pierwsze, zdaniem TSUE, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z nich mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym TSUE wprowadził rozróżnienie między możliwością bezpośredniego a pośredniego uzyskania danego zamówienia, przy czym i w pierwszym i w drugim przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki interesu, o której mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. Zatem interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku

przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej.

166. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1356/20

(...) w przedmiotowej sprawie zamawiający wywodzi brak interesu po stronie odwołującego z faktu nieprzedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą. W ocenie Izby powyższe okoliczności nie wyłączają prawa i obowiązku zamawiającego do wybrania oferty wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą i do zawarcia z nim umowy, jeżeli jego oferta jest najkorzystniejsza. Brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą nie jest bowiem podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp (zamawiający zresztą nie odrzucił oferty odwołującego na tej podstawie), a co za tym idzie – oferta taka podlega ocenie i może być uznana za najkorzystniejszą. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza, że ma on interes i poniesie szkodę, jeżeli tego zamówienia nie uzyska. W konsekwencji Izba stwierdziła, że po stronie odwołującego spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

167. Wyrok z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1844/20

Zamawiający dokonał w stosunku do Odwołującego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek sama czynność wezwania

nie jest jeszcze czynnością definitywną, tj. sama w sobie nie czyni szkody wykonawcy i nie wskazuje, czy w konsekwencji wykonawca zostanie wykluczony z postępowania, czy też, jeśli dokona uzupełnienia, jego oferta zostanie zaakceptowana jako prawidłowa. Jednak już w tym momencie wykonawca może uznać, że czynność Zamawiającego zagraża jego interesom, gdyż potencjalnie ryzyko wykluczenia istnieje w stopniu realnym – już w tym momencie uwidacznia się, że Zamawiający ma pewne zastrzeżenia do przedłożonej przez niego oferty (tu: dokumentów podmiotowych) i jeśli nie dokona uzupełnienia dokumentów, które Zamawiający zaakceptuje, do takiego wykluczenia może dojść. Może też istnieć sytuacja, w której wykonawca nie posiada innych dokumentów do przedstawienia lub innych realizacji, na które mógłby się powołać, a uważa, że wskazane Zamawiającemu wymogi spełniają – w takim wypadku nie będzie w stanie dokonać uzupełnienia. Zamawiający sam przyznał, że nie dokonał jeszcze oceny uzupełnionych dokumentów, zatem sytuacja Odwołującego w tym zakresie nie została rozstrzygnięta przed wniesieniem odwołania czy też przed dniem rozprawy.

Dodatkowo w wezwaniu Zamawiający wskazał konsekwencje prawne niedokonania uzupełnienia: wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty oraz utratę wadium. W związku z powyższym nie można Odwołującemu odmówić interesu we wniesieniu odwołania. Również fakt, że odwołanie może okazać się bezzasadne, nie oznacza braku interesu w jego wniesieniu. Bezzasadność skutkuje bowiem oddaleniem odwołania – podobnie jak brak wpływu postawionych zarzutów na wynik postępowania.

168. Wyrok z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt KIO 1993/20, KIO 1997/20

Izba wskazuje, iż w sytuacji, gdy oferta odwołującego 2 została wybrana jako najkorzystniejsza, nie ma on interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkoda, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy P.z.p. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Dopóki jednak czynność zamawiającego, choćby

nieprawidłowa, nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania (zob. wyrok z 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 442/13).

Art. 180 ust. 1

169. Wyrok z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1542/20

Po pierwsze zauważenia wymaga, że Izba ocenia czynności Zamawiającego ex post, nie podlegają natomiast uprzedniej ocenie Izby przewidywane przez wykonawców działania zamawiającego. Jak stanowi art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem przedmiotem odwołania może być dokonana przez Zamawiającego czynność lub zaniechanie określonej czynności. Z uwagi na powyższe

w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie miała podstaw dokonywać oceny, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, czy też brak jest podstaw do takiego wykluczenia. Obecnie, na dzień wyrokowania, nie zaistniała czynność w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania, badanie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu jest w toku. Jeśli czynność taka zostanie dokonana, wykonawcy będzie przysługiwać prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Art. 180 ust. 2**170. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1307/20**

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty należy rozumieć jako wszystkie czynności lub zaniechania zamawiającego, których wynikiem jest wybór takiej, a nie innej oferty. Tym samym w sformułowaniu „wybór najkorzystniejszej oferty” mieszczą się również takie zachowania zamawiającego, jak zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, zaniechanie odrzucenia wybranej oferty czy też zaniechanie wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano do wyjaśnienia ceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest ewentualne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym czynność wezwania do wyjaśnień w tym przypadku jest nierozłącznie związana z czynnością ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy i co za tym idzie – z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo należy zauważyć, że zarzut zawarty w niniejszym odwołaniu dotyczy m.in. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy w określonych okolicznościach. Tym samym odrzucenie przewidziane w tym przepisie (art. 90 ust. 3) również mieści się, jak wskazano już wyżej, w pojęciu wyboru oferty. Przy czym pogląd o szerokim rozumieniu sformułowania „wybór najkorzystniejszej oferty” zawartego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie.

Art. 180 ust. 3**171. Wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 683/20**

(...) odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (...).

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice

rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (...).

Art. 182 ust. 3–4

172. Wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1808/20

W przypadku zakwestionowania przez wykonawcę możliwości zastosowania przez podmiot zamawiający trybu negocjacji bez ogłoszenia, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym objętym przedmiotem rozpoznania Izby, z punktu widzenia zachowania terminu na wniesienie odwołania zastosowanie mogą znaleźć terminy określone w art. 182 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje na terminy na wniesienie odwołania (5 dni dla zamówień poniżej wartości progów unijnych i 10 dni dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza równowartość progów unijnych) wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 art. 182 ustawy Pzp liczonych od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Art. 182 ust. 4 ustawy Pzp zakłada możliwość złożenia odwołania w określonych terminach w sytuacji, gdy zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej. (...) Należy wskazać, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest narzędziem przewidzianym

w przepisach ustawy Pzp za regulacjami prawa unijnego (art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31)) w odniesieniu do zastosowania przez podmiot zamawiający tzw. „trybów niekonkurencyjnych”, dla których obowiązujące przepisy prawa nie przewidują publicznego ogłoszenia o zamówieniu, kierowanego do szerokiego, nieograniczonego kręgu potencjalnych wykonawców. Polski ustawodawca przewidział dla zamawiających możliwość publikacji takiego ogłoszenia, zwanego ogłoszeniem *ex ante* (o dobrowolnej przejrzystości), w odniesieniu do trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2a ustawy Pzp).

Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), wprowadzającej do polskiej ustawy Pzp ten instrument ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Zamieszczając je, zamawiający może uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy. Ponadto dzięki zamieszczeniu tego ogłoszenia zostaje skrócony termin na kwestionowanie przez wykonawców zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia. Skoro więc ustawodawca w art. 182 ust. 4 ustawy Pzp przewidział terminy dla zaskarżenia czynności zamawiającego w sytuacji braku publikacji ogłoszenia o zamiarze

zawarcia umowy, a w przedmiotowej sprawie takie ogłoszenie zostało przez Zamawiającego opublikowane, to do liczenia biegu terminu na złożenie odwołania – w ocenie Izby – zastosowanie znajdzie art. 182 ust. 1 pkt 3 (redakcja 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp. Wskazany przepis dla zamówień o wartości równej bądź przekraczającej równowartość progów unijnych, z czym w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia, przewiduje rozpoczęcie biegu 10-dniowego terminu na złożenie odwołania od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie jest prowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W ocenie Izby o powyższej decyzji Zamawiającego oraz jej uzasadnieniu Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, mógł powziąć informację z treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, opublikowanego przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 24 lipca 2020 r. Dziennik Urzędowy UE jest oficjalnym publikatorem właściwym dla publikacji ogłoszeń dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartościach równych bądź przekraczających wartości progów unijnych. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości publikowane jest przez podmioty zamawiające dobrowolnie w celu upublicznienia informacji o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tzw. trybach niekonkurencyjnych, przede wszystkim w takim celu,

aby informacja ta dotarła do jak najszerszego kręgu podmiotów, które mogłyby jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego ewentualnie zaskarżyć taką czynność zamawiającego. Nie można więc w tym zakresie podzielić stanowiska Przystępującego, iż obowiązkiem Odwołującego było śledzenie informacji pojawiających się na stronie internetowej Zamawiającego.

Art. 182 ust. 6

173. Wyrok z dnia 5 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1467/20

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny, który jest taki, że zamawiający wyznaczył odwołującemu termin do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zaś odwołujący w ww. terminie nie złożył dokumentów. Nie można przy tym zgodzić się z argumentami odwołującego, zgodnie z którymi fakt wniesienia przez niego odwołania przed upływem terminu na złożenie ww. dokumentów, spowodował zawieszenie biegu terminu na ich złożenie. Jedyny termin, który ulega zawieszeniu wskutek wniesienia odwołania, to termin związania ofertą, o czym stanowi art. 182 ust. 6 ustawy Pzp (dodatkowo w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przewidział zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia). W związku z powyższym bieg innych terminów w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie ulega zawieszeniu z powodu wniesienia odwołania i muszą być one respektowane przez wykonawców.

W praktyce oznacza to, że kwestionując w drodze odwołania zasadność wezwania do określonej czynności, wykonawca powinien jednocześnie albo wykonać tę czynność w wyznaczonym terminie na wypadek, gdyby orzeczenie Izby było dla niego niekorzystne, albo złożyć do zamawiającego przed upływem wyznaczonego terminu wniosek o jego wydłużenie, na co jednak zamawiający nie musi się godzić. Przy czym w interesie wykonawcy jest złożyć ew. wniosek o wydłużenie terminu na tyle szybko, żeby w razie odmowy zamawiającego, wykonawca miał jeszcze czas na wykonanie czynności. Mimo że w tym samym czasie toczy się już postępowanie odwoławcze, którego wyniku żadna ze stron na tym etapie nie zna, to jak wskazano wyżej, fakt wniesienia odwołania nie zawiesza biegu terminu na wykonanie czynności, do której wezwał zamawiający, gdyż żaden przepis ustawy Pzp, poza art. 182 ust. 6, takiego zawieszenia nie przewiduje.

Art. 185 ust. 2–3

174. Wyrok z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 406/20

Jak wynika z powyższych regulacji, jedną z przesłanek warunkujących skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego jest posiadanie przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu

danego zamówienia, co nie oznacza jednak, że jest ono nieograniczone. W ocenie Izby wykonawca będzie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w sytuacji, kiedy można obiektywnie stwierdzić, że określone orzeczenie Izby będzie miało znaczenie dla danego wykonawcy. Przy czym podkreślenia wymaga fakt, że to na wykonawcy zgłaszającym przystąpienie spoczywa obowiązek wskazania, że interes taki posiada. Jak wskazuje się w orzecznictwie, obowiązek taki nie może sprowadzać się do formalnego, lakonicznego stwierdzenia, że interes istnieje. Wskazanie interesu w uzyskaniu określonego rozstrzygnięcia powinno polegać co do zasady na wytłumaczeniu, dlaczego wykonawca upatruje korzyści dla siebie w danym rozstrzygnięciu (tak m.in. wyrok z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt KIO 1944/18).

175. Wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 523/20

Izba oddaliła opozycję zamawiającego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców XXX, skupiającą się na wskazaniu, w świetle zarzutów odwołania, że wykonawcy ci nie posiadają interesu do przystąpienia po stronie odwołującego. W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie interes określony w art. 185 ust. 2 Pzp jest interesem faktycznym lub prawnym, pozostającym w adekwatnym związku z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca chce przystąpić. Zatem jeżeli wykonawca twierdzi, że jest zainteresowany, aby wniesiony środek ochrony prawnej był rozstrzygnięty w sposób wskazany przez odwołującego, w tym przez unieważnienie postępowania, należy

uznać, że posiada interes w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Przy czym należy zaznaczyć, że kluczowym dla analizy interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, jest moment jego badania oraz cały zakres możliwych do uzyskania rozstrzygnięć, co oznacza, że interes ten należy badać, mając na względzie cel strony, z perspektywy, z której się go ustala. Jeden z zarzutów odwołania dotyczył możliwości unieważnienia postępowania, zatem przystępując do postępowania po stronie odwołującego ww. wykonawcy, posiadali interes w uwzględnieniu odwołania, które mogło skutkować właśnie unieważnieniem postępowania. Ponadto należy wskazać, że przyczyna odrzucenia ofert obu zgłaszających przystąpienie wykonawców była identyczna z przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, przez co obaj byli zainteresowani w popieraniu stanowiska odwołującego w tym zakresie. Dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z postępowaniem wykonawczym w ramach realizacji umowy ramowej i zgłaszający przystąpienie są stroną takiej umowy, tym samym nawet unieważnienie przedmiotowego zamówienia oraz nieogłoszenie nowego postępowania spowoduje, że środki wrócą do puli właściwej dla umowy ramowej, co jest niewątpliwie zgodne z ich interesem.

176. Wyrok z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1768/20

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego i dopuściła XXX, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą XXX, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Odwołujący uznał, że przystąpienie zostało wniesione przez osobę

nieumocowaną do tej czynności, gdyż pełnomocnictwo załączone do przystąpienia upoważniało do przygotowania odwołania, które jest środkiem ochrony prawnej odrębnym od przystąpienia. Uszło jednak uwagi odwołującego, że w tiret poprzedzającym powołane postanowienie wskazane jest, że pan XXX upoważniony jest do reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Prawo reprezentacji nie zostało ograniczone, zatem w jego zakresie mieści się również zgłoszenie przystąpienia, które jest pierwszą czynnością związaną z reprezentacją uczestnika postępowania odwoławczego przed Izbą. Wobec spełnienia przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp XXX uzyskała status przystępującego po stronie zamawiającego.

177. Wyrok z dnia 3 września 2020 r., sygn. akt KIO 1939/20, KIO 1940/20

Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego wobec przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym XXX. Zdaniem odwołującego wykonawca ten nie ma interesu w oddaleniu odwołania, które zmierza do rozszerzenia konkurencji w postępowaniu, zaś kwestia interesu przystępującego powinna być postrzegana podobnie jak w przypadku art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie podzieliła tego poglądu i uznała, że XXX ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego. Wykonawca, który spełnia zastrzone skutkiem zmiany SIWZ warunki udziału w postępowaniu jest niewątpliwie zainteresowany w uzyskaniu rozstrzygnięcia zgodnego ze stanowiskiem zamawiającego – oddalenia zarzutów odwołania zmierzających do przywrócenia pierwotnego, bardziej liberalnego

brzmienia SIWZ. Niewątpliwie rozszerzenie konkurencji w postępowaniu, możliwość złożenia oferty przez szerszy krąg podmiotów jest sprzeczne z interesem podmiotu, który spełnia warunek udziału w postępowaniu po zmianie dokonanej przez zamawiającego. Uwzględnienie odwołania zmniejsza bowiem szansę uzyskania przez niego zamówienia. Ponadto interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia, o którym stanowi art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, to pojęcie inne, o szerszym zakresie przedmiotowym, niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Inaczej niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje, nie musi ograniczać się do danego zamówienia publicznego. Nie musi też mieć na celu bezpośredniej obrony przed utratą możliwości wyboru oferty danego wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu. Wystarczające jest, że uzyskanie rozstrzygnięcia żądanego przez stronę, do której wykonawca zgłosił przystąpienie, jest korzystne dla wykonawcy.

178. Wyrok z dnia 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1818/20

Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp,

stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta wykonawcy XXX została „ostatecznie” odrzucona, tj. zamawiający w dniu 30 lipca 2020 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i wykonawca ten od tej czynności nie wniósł odwołania.

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej „dyrektywą odwoławczą” *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich Trybunał orzekł, że Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/*

EWG 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, zmienionej dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., 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 oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

179. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2076/20

Jak wynika z cytowanego powyżej art. 185 ust. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia powinno nastąpić w ciągu 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, analogicznie jak terminy na wniesienie odwołania, ma charakter zawity. Jednocześnie, jak w przypadku odwołań, jest to termin, w którym oryginał przystąpienia musi fizycznie trafić do Izby. Uzupełnieniem powyższego jest stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, zgodnie z którym nieuzasadnione – w kontekście dotrzymania terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania

odwoławczego – jest uwzględnianie daty nadania zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym, o ile przystąpienie na piśmie nie zostanie w ustawowym terminie fizycznie doręczone Prezesowi Izby. Wniesienie przez wykonawcę przystąpienia z uchybieniem terminowi oznacza, że nie staje się on uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Art. 186 ust. 2

180. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1410/20

Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może bowiem prowadzić do wykonania czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Jednocześnie Izba zauważa, za orzecznictwem, że przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale daje podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie (tak wyrok KIO z 11 października 2013 r., sygn. akt KIO 2313/13) (...). Oznacza to, że w sytuacji uwzględnienia odwołania czynności Zamawiającego, podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności Zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach kolejnego postępowania

odwoławczego, co miało miejsce w ramach obecnego postępowania KIO 1410/20. Niewypełnienie tego obowiązku wprost przez Zamawiającego ma jedynie ten skutek, iż wykonawca – Odwołujący może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności, powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów, a Izba w nowym postępowaniu odwoławczym oceni merytoryczną zasadność zarzutów takiego odwołania, samo zaś odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu. W ten sposób interes Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu odwoławczym został zabezpieczony.

Art. 186 ust. 6 pkt 1

181. Wyrok z dnia 23 września 2020 r., sygn. akt KIO 1895/20

Izba stwierdza ponadto, że w rozpatrzonej sprawie nie zachodziły okoliczności mające podstawę prawną we wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przepisach art. 186 ust. 2 ustawy pzp ze skutkiem dotyczącym rozstrzygnięcia o kosztach postępowania wg art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp wobec faktu, iż stanowisko zamawiającego odnoszące się do zarzutów i żądań przedstawione po otwarciu rozprawy nie jest unormowane powołanym przepisem ustawy. Gdyby nawet przyjąć, że stanowisko w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie zawiera w części uwzględnienie zarzutów odwołania, to podstawą prawną

rozstrzygnięcia o kosztach postępowania stanowiłby art. 186 ust. 6 pkt 4a lub b ustawy pzp. Powyższe stanowi jedynie rozważanie hipotetyczne mające na celu wskazanie niezasadności wniosku zamawiającego o zniesienie kosztów niniejszego postępowania. Należy bowiem wskazać, że w piśmie zamawiający w żadnym miejscu nie złożył stanowczego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu, jakkolwiek w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 6.2.2 II tiret drugie i trzecie oraz zarzutu dotyczącego pkt 3f kryterium wyboru ofert pkt 14 siwz zadeklarował skreślenie kwestionowanych wymogów. Natomiast odnośnie do pozostałych zarzutów zadeklarował w formie stwierdzenia, że proponuje zmianę określonych treści lub modyfikuje siwz. Kończąc wątek rozważań odnoszących się do kosztów postępowania, przypomnieć należy per analogiam, że przepis § 5 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 grudnia 2016 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 972) stanowi jednoznacznie o zasądzeniu kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego, jeżeli uwzględnienie zarzutów odwołania w części nastąpiło po otwarciu rozprawy.

Art. 189 ust. 2 pkt 2

182. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przedmiotową przesłankę należy łączyć z przypadkami, w których odwołanie zostało wniesione przez podmiot niebędący wykonawcą

w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, jest niewłaściwie reprezentowany lub odwołanie zostało wniesione jedynie we własnym imieniu lub bez umocowania pozostałych wykonawców, choć

odwołujący jest wykonawcą działającym w ramach konsorcjum.

W ocenie Izby żadna w powyżej wskazanych sytuacjach nie wystąpiła.

Co prawda oferta odwołującego została odrzucona, a odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie uznania tej czynności za bezzasadną zostało przez Izbę oddalone (wyrok z 30 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 71/20), to nie można przyjąć, że odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Od ww. wyroku przysługuje skarga do właściwego sądu okręgowego i dopiero orzeczenie tego sądu będzie miało wpływ na status odwołującego jako wykonawcy w postępowaniu. Na moment rozpoznania sprawy nie można było uznać, iż odwołujący był podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania szczególnie, że odwołujący oświadczył na posiedzeniu niejawnym, że do dnia posiedzenia nie otrzymał odpisu uzasadnienia orzeczenia w sprawie KIO 71/20 oraz zadeklarował zaskarżenie tego orzeczenia.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

183. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20

Na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na wstępie należy wskazać, że przystępujący pierwotnie zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

wyjaśnienie tego zastrzeżenia wraz z załącznikami oraz załączniki nr 1–4 do treści oferty. W sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2691/19 odwołanie pierwotnie dotyczyło wszystkich ww. dokumentów, niemniej na posiedzeniu niejawnym odwołujący cofnął zarzuty dotyczące załączników nr 1–4 do treści oferty i co do meritum wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2691/19 dotyczył wyłącznie zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Opisana strategia procesowa w ocenie Izby nie pozbawiła odwołującego możliwości kwestionowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla załączników nr 1–4 do treści oferty przystępującego na obecnym etapie. W przedmiotowej sprawie należy zdaniem Izby zwrócić uwagę na specyfikę okoliczności faktycznych, a także prawnych. Otóż przystępujący zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa także uzasadnienie zastrzeżenia. Uzasadnienie zastrzeżenia ma kluczowe znaczenie dla oceny jego prawidłowości i wykonawcy podejmując decyzję odnośnie wniesienia środka ochrony prawnej wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów złożonych przez konkurenta powinni w pierwszej kolejności dążyć do zapoznania się z tym uzasadnieniem, aby móc odnieść się do przesłanek prawidłowości takiego zastrzeżenia zawartych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tym samym w ocenie Izby wykonawcy w przypadku zastrzeżenia zarówno objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, jak i samego uzasadnienia zastrzeżenia nie muszą od razu wnosić o odtajnienie wszystkich zastrzeżonych dokumentów i mogą skupić się w pierwszej kolejności na uzasadnieniu tak, aby odpowiednio przygotować się do dalszych działań procesowych.

184. Wyrok z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt KIO 349/20

Izba uznała, że nie zaszła żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania. Jak wynika z chronologii postępowania, wskazanej przez Izbę powyżej, Zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego poprzez wniesienie w dniu 20 grudnia 2019 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2019 r., tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powrotu do czynności badania i oceny ofert, Odwołujący wycofał odwołanie wniesione w dniu 20 grudnia 2019 r. Tym samym, w ocenie Izby, wobec braku substratu zaskarżenia, działanie Odwołującego uznać należy za prawidłowe. Czynność, która była przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego, została unieważniona przez Zamawiającego, rozpatrywanie więc odwołania wykonawcy z dnia 20 grudnia 2019 r. byłoby bezprzedmiotowe, bowiem czynność będąca przedmiotem zaskarżenia utraciła swoją moc. Izba w pełni aprobuje stanowisko składu orzekającego wyrażone w wyroku z dnia 21 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 226/19. Brak substratu zaskarżenia, tj. brak czynności zamawiającego powoduje, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, bowiem czynność zamawiającego nie istnieje, a wobec tego nie sposób stwierdzić, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Tym samym w analizowanym stanie faktycznym, pomimo iż okoliczności faktyczne przytoczone w treści odwołania były znane Odwołującemu już w dniu

10 grudnia 2019 r, to jednak wobec działań podjętych przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2019 r., tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, kontynuowanie postępowania odwoławczego zainicjowanego odwołaniem z dnia 20 grudnia 2019 r. uznać należało za bezprzedmiotowe. Odwołujący dopiero w wyniku ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej mógł skutecznie podnieść wobec Zamawiającego zarzuty naruszenia ustawy Pzp. Zarówno bowiem na moment wniesienia odwołania, jak i wydania wyroku przez Izbę istniał substrat zaskarżenia, tj. czynność Zamawiającego. Tym samym zgłoszony przez Przystępującego oraz Zamawiającego wniosek o odrzuceniu odwołania jako wniesionego po terminie Izba uznała za niezasadny.

185. Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1307/20

Oznacza to, że wniesienie odwołania z nowym zarzutem po tym terminie skutkuje koniecznością jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie są przy tym zasadne argumenty odwołującego, zgodnie z którymi nie mógł on podnieść tego zarzutu wcześniej, gdyż z uwagi na „długi weekend” zamawiający udostępnił mu ofertę przystępującego dopiero w dniu 16.06.2020 r. Po pierwsze, przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnych okoliczności powodujących wydłużenie terminu na wniesienie odwołania, w tym również okoliczności związanych z „długimi weekendami”. Po drugie, nie było przeszkód, aby odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie oferty przystępującego przed „długim weekendem”,

gdyż zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty udostępnia się od ich otwarcia.

186. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2256/20

Izba uznała za bezzasadny wniosek przystępującego XXX o odrzucenie odwołania z powodu jego wniesienia po upływie terminu przewidzianego ustawą P.z.p. Przystępujący stwierdził, że odwołujący już w dniu 29.07.2020 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. w dacie przesłania odwołującemu protokołu postępowania, i od tego dnia należało liczyć termin do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Izba wskazuje, że pomimo tego, że art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p. literalnie stanowi o terminie na wniesienie odwołania wobec czynności zamawiającego, to termin wskazany w tym przepisie obowiązuje także w stosunku do niektórych zaniechań zamawiającego. Informacja w trybie art. 92 o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi zatem jednocześnie początek biegu terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy.

Art. 189 ust. 2 pkt 4**187. Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20**

Stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W przedmiotowej sprawie odwołanie co do meritum dotyczyło innych okoliczności niż orzeczenie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2691/19. W tamtej sprawie jak wskazano powyżej Izba merytorycznie rozpoznała wyłącznie zarzuty w zakresie samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w pozostałym zakresie tamto odwołanie zostało przez odwołującego cofnięte, zatem Izba nie miała podstaw prawnych do ich rozpoznania na tamtym etapie.

Przedmiotowe odwołania jest oczywiście konsekwencją uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2691/19, natomiast nie można stwierdzić, że przedmiot rozstrzygania w obu sprawach (sprawie KIO 2691/19 oraz przedmiotowej) jest tożsamy.

Art. 189 ust. 2 pkt 5**188. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 1961/20**

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Przepis ten

nakazuje odrzucić odwołanie, jeśli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Czynnością, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby, była czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 22 lipca 2020 r. Tę czynność bowiem nakazała Izba zamawiającemu w sentencji orzeczenia sygn. akt KIO 603/20. Natomiast Izba nie nakazała zamawiającemu przyjęcia konkretnego wyniku oceny złożonych na skutek tego wezwania dokumentów i oświadczeń. Czynność wykluczenia zatem odwołującego z postępowania dokonana w dniu 7 sierpnia 2020 r. pozostaje poza treścią orzeczenia Izby w sprawie sygn. akt KIO 603/20 i jest nową czynnością zamawiającego, od której przysługuje odwołanie. Jest to oczywiste, gdyż Izba nie mogła swoim orzeczeniem objąć oceny uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przez odwołującego, którego jeszcze nie dokonano. Tym samym nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

189. Wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1958/20

Na posiedzeniu w dniu 15 września 2020 roku Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p. Powyższy wniosek zamawiający uzasadnił tym, że odwołujący, przesyłając zamawiającemu treść odwołania, stwierdził, iż jest to treść odwołania „wnoszonego” do Krajowej Izby

Odwoławczej. Użycie formy niedokonanej świadczy, w ocenie zamawiającego, iż odwołujący przesłał mu jedynie projekt odwołania. W ocenie Izby wniosek nie zasługiwał na uwzględnienie. Bez znaczenia pozostaje użyta przez odwołującego forma imiesłowu zawarta w informacji o wniesieniu środka odwoławczego.

Zamawiający, dla skuteczności wniosku, winien był zatem udowodnić, że kopia otrzymanego przez niego odwołania nie odpowiada treści odwołania doręczonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do argumentu, iż odwołujący przesłał zamawiającemu wniosek na adres e-mail, zamiast wnieść je na Platformę zakupową, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy P.z.p. odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W ocenie Izby przesłanie kopii odwołania na adres e-mail czyni zadość wymogowi przesłania kopii przy użyciu „środków komunikacji elektronicznej”. Podkreślić należy, że zamawiający nie podnosił, iż – z uwagi na przesłanie kopii odwołania pocztą elektroniczną – nie otrzymał kopii odwołania w ogóle lub też w ustawowym terminie albo też nie mógł zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę powyższe, wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Art. 190 ust. 1**190. Wyrok z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 329/20**

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”.

191. Wyrok z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1283/20

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest wskazanie, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów

podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Precyzyjnie postawione przez odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1613/18) podnieść należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjnym, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) – tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09.

Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

192. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1349/20

(...) postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności stawianego zarzutu. Izba nie orzeka na podstawie przekonania stron, a na podstawie przedstawionych przez nie dowodów na poparcie konkretnych twierdzeń, o konkretnym wpływie na ustalenie stanu faktycznego poddawanego późniejszej kwalifikacji prawnej. Skuteczny zarzut wymaga wyjścia przez odwołującego ze sfery przekonania i przedstawienia w odwołaniu argumentacji, która może świadczyć o naruszeniu prawa – poczynając od postawienia twierdzeń, wykazania ich dowodami, a kończąc na wskazaniu na powiązanie udowodnionych okoliczności

z naruszeniem prawa przez jednostkę zamawiającą w ramach postawionego zarzutu. Strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie podoła ciążącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu. (...) Ponadto Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność sprzeczności treści oferty przystępującego z wymaganiami opisanymi PFU w zakresie aspektów technicznych wynikających z tej oferty wskazanych w zarzutach 1–6”. Pomijając już brak potwierdzenia w dokumentacji przetargu, że koncepcja stanowi treść oferty, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów (art. 190 ust. 1 p.z.p.). Natomiast wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego, jak należy coś interpretować (w tym SIWZ czy dokumenty wykonawcy) są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Dowód z opinii biegłego ma z założenia służyć wykazaniu okoliczności wymagających specjalistycznej wiedzy – w sytuacji, w której bez tej wiedzy ustalenie elementu stanu faktycznego nie jest możliwe, a w konsekwencji nie byłoby możliwe bez tej wiedzy, na podstawie całokształtu zgromadzonego materiału, rozstrzygnięcie okoliczności, która zaważa na wyniku postępowania. Powołanie dowodu z opinii biegłego nie może tymczasem zastąpić strony w procesie dowodzenia, poprzez

próbę wykorzystania go do weryfikacji subiektywnych przekonań i ocen opartych na błędnym rozumieniu pozostałego materiału dowodowego. Podobny zresztą charakter mają przedstawione przez stronę dwie opinie prywatne, które zamiast wykazywać fakty, stanowią próbę transponowania do materiału dowodowego ocen i przekonań autorów opinii prywatnych, które nie znajdują powiązania z dokumentacją postępowania.

193. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 1966/20 i KIO 1968/20

Jak wynikało z pełnomocnictwa załączonego do odwołań pan XXX był pełnomocnikiem odwołującego. Zgodnie przepisem art. 300 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp *za osobę prawną sąd przesłuchuje osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania, przy czym sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie te osoby, czy też tylko niektóre z nich*. Z przywołanego przepisu wynika, że za osobę prawną, a taką jest odwołujący jako spółka z o.o., w charakterze strony nie można przesłuchać dowolnej osoby, ale jedynie osobę wchodzącą w skład organu uprawnionego do reprezentowania. Pan XXX zaś taką osobą nie był. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał we wniosku, jakie fakty miałyby zostać wykazane tym dowodem. Ma to istotne znaczenie, bo dowód z przesłuchania stron ma charakter posiłkowy, a mianowicie można go przeprowadzić tylko, *jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla*

rozstrzygnięcia sprawy (art. 299 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp).

Art. 190 ust. 2

194. Wyrok z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 329/20

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że prywatna opinia nie stanowi dowodu na okoliczność wymagającą wiadomości specjalnych, w rozumieniu art. 278 § 1 K.p.c., choćby jej autorem była osoba wpisana na listę biegłych sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt X Ga 22/08). Zauważa się bowiem, że opinia prywatna jest w zasadzie jedynie „wzmocnieniem” stanowiska strony wiadomościami specjalnymi. Może ona ewentualnie stanowić asumpt do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego. I tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2014 r. w sprawie V ACa 895/13 (LEX nr 1474065) uznał, że „opinie opracowane na zlecenie stron (stanowiące dokument prywatny w rozumieniu art. 253 K.p.c.) traktowane są jako element materiału procesowego wyrażający stanowiska stron. Zawarta w takiej opinii argumentacja może stanowić jedynie podstawę dopuszczenia przez sąd orzekający dowodu z opinii biegłego”. Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 26 marca 2013 r. w sprawie VI ACa 1079/12 (LEX nr 1362939) przyjął, iż opinia zlecona ekspertowi przez jedną ze stron procesu stanowi poparcie jej stanowiska procesowego, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Natomiast Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie I ACa 1121/12

(LEX nr 1311975) stanął na stanowisku, że oparcie rozstrzygnięcia sporu stron na prywatnych ekspertyzach byłoby naruszeniem przepisów procedury cywilnej.

Izba wskazuje, że sądy zwracają przy tym uwagę, że opinia zlecona przez stronę procesu posiada walor dowodowy jako dokument prywatny i w tym charakterze może zostać zaliczona przez sąd w poczet materiału postępowania. Oznacza to, że jak każdy dokument prywatny może mieć znaczenie dla oceny innych dowodów zaoferowanych w sprawie. Zaznacza się jednocześnie, iż jeśli treść ekspertyzy prywatnej jest kwestionowana, a ustalenia okoliczności sprawy wymagają wiadomości specjalnych, to konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Stanowisko takie przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie I ACa 894/12 (LEX nr 1299005), stwierdzając, iż „pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony podlega ocenie sądu jako dowód z dokumentu prywatnego, a nie jako dowód z opinii biegłego”. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie I CSK 57/10 (LEX nr 688661) uznał, iż „dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony przez opinię wykonaną przez biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka jest dokumentem prywatnym, a nie jest dowodem z opinii biegłego. Jako dokument prywatny potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.)”. Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która

ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym (*nemo iudex in causa sua*), to przekłada się na wątpliwości co do bezstronności biegłego. Tym bardziej gdy materiał badawczy określa strona, która swobodnie udostępnia (lub nie) informacje o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji „nie można wykluczyć swoistego „dopasowywania” opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, „solidaryzowania się” jej autorów z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem stosownego opracowania w określonym celu, zleceniobiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)” – tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30.06.2017 r., sygn. akt III Ca 531/17.

Izba przeanalizowała treść wskazanej wyżej opinii traktując ją – zgodnie ze wskazanym wyżej orzecznictwem – jako rozszerzenie stanowiska odwołującego (stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń) i stwierdziła, że opinia ta nie została sporządzona w oparciu o materiały naukowe, lecz artykuły prasowe, informacje pochodzące od prywatnych podmiotów działających w branży IT oraz dane z Wikipedii.

Art. 190 ust. 6**195. Wyrok z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 656/20**

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka S.M. na okoliczność możliwości wykonania projektu objętego zamówieniem za zaproponowaną przez odwołującego cenę, która nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów Pzp, uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Stwierdzono, że okoliczności, jakie mają zostać wykazane zgłaszanym dowodem pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 23 marca 2020 r., powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie, w ramach procedury wyjaśniającej przed zamawiającym, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp, zbyt lakonicznych wyjaśnień i niepoparcie ich w większości dowodami. Powodem odrzucenia oferty odwołującego nie było zaś merytoryczne stwierdzenie przez zamawiającego, że jakiś konkretny składnik ceny ofertowej został błędnie skalkulowany. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 180 ustawy Pzp rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Skoro powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie zbyt lakonicznych wyjaśnień i niepoparcie ich dowodami, to rolą Izby

w toku postępowania odwoławczego było jedynie zbadanie, czy rzeczywiście ten powód odrzucenia oferty się potwierdza. W tej sytuacji dowód zgłaszany przez odwołującego w sposób oczywisty był nieprzydatny do rozpoznania sprawy, skoro zmierzał on do uzupełnienia przez odwołującego przed Izbą dowodu na okoliczność o charakterze merytorycznym, a mianowicie że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska.

Art. 191 ust. 2

196. Wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1543/20, KIO 1577/20, KIO 1610/20, Kio 1611/20

Z drugiego z przywołanych przepisów (redakcja: art. 191 ust. 2 ustawy Pzp) wynika natomiast, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji zawieszenia w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego. Powyższe oznacza, że zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki poprzednich czynności, nie wykluczając czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu. Powyższe nie zwalnia Izby od konieczności rozpoznania odwołania w sytuacji, gdy Odwołujący w dalszym ciągu je popiera. Jednakże, z mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba przy wyrokowaniu zobowiązana jest wziąć pod uwagę stan

istniejący na moment wyrokowania. W takiej sytuacji elementem, który Izba musi ocenić, jest to, czy substrat zaskarżenia istnieje dalej na moment wyrokowania w sprawie. (...) Dostrzeżenia wymaga, iż zakwestionowana przez Odwołującego w odwołaniu czynność została przez Zamawiającego zniesiona. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość czynności i zaniechań Zamawiającego w kontekście zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które po upływie terminu na wniesienia odwołania, nie mogą być rozszerzane. Tymczasem kwestionowane postanowienia SIWZ na moment wyrokowania już nie istniały. Odwołujący nie może zatem skutecznie popierać zarzutu, że Zamawiający popełnił błąd, konstruując zapisy SIWZ uniemożliwiające rzetelną wycenę usługi i nałożył na wykonawców nadmierne obowiązki naruszające uczciwą konkurencję w sytuacji, gdy na moment wyrokowania kwestionowane i sporne zapisy zostały usunięte z SIWZ.

Art. 191 ust. 3

197. Wyrok z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2024/20

Do akt sprawy – po zamknięciu rozprawy – wpłynął wniosek Odwołującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy na podstawie art. 191 § 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby wniosek uznać należy za niezasadny. Przepis art. 191 § 3 ustawy Pzp uprawnia skład orzekający do otwarcia zamkniętej rozprawy wyłącznie w sytuacji, gdy konieczne stało się zbadanie dodatkowych okoliczności istotnych dla

rozstrzygnięcia odwołania, które nie były rozpatrywane uprzednio, w tym także gdyby zachodziła konieczność przeprowadzenia nowych dowodów. Takich okoliczności w złożonym wniosku Odwołujący nie wykazał. Złożone do Prokuratury zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa opiera się na dowodach jakie zostały złożone lub wnioskowane podczas rozprawy i co do których Izba wypowiedziała się na rozprawie i w treści wyroku. Samo złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nie stanowi, w ocenie Izby, okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia odwołania.

Art. 192 ust. 2

198. Wyrok z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20

Tak jak Izba wskazała, na uwzględnienie zasługują wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty. Jednakże w niniejszej sprawie Izba była zobowiązana uwzględniać wskazywaną dyrektywę z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto także dyrektywę, o której mowa w art. 191 ust. 2 tej ustawy, w myśl której: *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Okolicznością ustaloną w toku postępowania odwoławczego, mającą wpływ na rozstrzygnięcie Izby, jest unieważnienie przez Zamawiającego tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, o której to decyzji Zamawiający poinformował wykonawców w piśmie z dnia 26 maja 2012 r., a zatem po wniesieniu odwołania w dniu 15 kwietnia 2020 r. w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba stwierdza, że unieważnienie

postępowania w dniu 26 maja 2020 r. nie spowodowało – wbrew twierdzeniom zamawiającego bezprzedmiotowości tego postępowania odwoławczego, ale musiało mieć wpływ na rozstrzygnięcie Izby, co do możliwości nakazania zamawiającemu dokonywania czynności unieważnienia odrzucenia oferty związanej z powtórnią żadaną oceną oferty Odwołującego w sytuacji, gdy czynność unieważniająca postępowanie (z uwagi na upływ terminu do jej zaskarżenia) uprawomocniła się.

Art. 192 ust. 7

199. Wyrok z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20

Skład rozpoznający odwołanie zaznacza również, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Zauważyć należy, iż Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13, z 30.11.2016 r. sygn. akt III CSK 351/15). Przenosząc ten pogląd na grunt

postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy. Zatem, w ramach dokonywanej subsumpcji, Izba jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie tych przepisów prawnych, które należało zastosować, a nie tylko w zakresie tych norm, na które wskazał odwołujący, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez wnoszącego środek zaskarżenia.

Stanowisko to jednoznacznie potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie wskazuje się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt XIII Ga 546/18). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (vide wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r.

sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

200. Wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 787/20

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z przywołanego przepisu wynika zakaz orzekania przez Izbę w odniesieniu do zarzutów, które zostaną sformułowane na późniejszym etapie, poza odwołaniem, w tym również na etapie rozprawy. Kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie co oznacza pojęcie „zarzutu”, o którym mowa we wskazanym wyżej przepisie. Na ten temat wielokrotnie i jednolicie wypowiadały się zarówno Izba, jak i sądy okręgowe sprawujące nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby. Zarzut stanowią wskazane przez odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazanie zaś nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej*”.*

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery orzeczeń

B

Błąd w obliczeniu ceny – 118, 119, 120

C

Cena:

– **rażąco niska** – 115, 116, 129, 146

– **wezwanie i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny** – 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146

Ciężar dowodowy – 190, 191, 192, 193

Czyn nieuczciwej konkurencji – 100, 109, 110, 111, 112, 113, 114

D

Dokumenty:

– **przedmiotowe** – 67, 68, 70, 128

– **uzupełnianie** – 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71

– **wyjaśnienia** – 42, 72

– **posiadane przez zamawiającego** – 73

Dowody – 34, 190, 191, 192, 193, 194, 195

E

e-Certis – 63

G

Grupa kapitałowa – 52, 53

Gwarancja – 125

I

Interes we wniesieniu środka ochrony prawnej – 164, 165, 166, 167, 168

Informacja o wykluczeniu – 152

Informacja o odrzuceniu ofert – 153

Informacja wprowadzająca w błąd – 71

J

JEDZ (Jednolity Dokument Europejski) – 65

K

Komunikacja Zamawiającego z wykonawcami – 163

Koszty – 181

Krajowa Izba Odwoławcza – 118

Kryteria oceny ofert – 147, 148, 149, 150, 151

N

Naruszenie obowiązków zawodowych – 54

O

Odwołanie:

– **odrzucenie** – 39, 117, 121, 122, 123, 153, 154, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189

Oferta:

- odrzucenie – 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 113
- otwarcie ofert – 92
- równoważna – 81
- treść – 91, 95, 98
- wstępna – 88
- wyjaśnienie treści – 88, 94, 96, 98

Ogłoszenie o zamówieniu:

- modyfikacja – 87

Omyłka:

- poprawienie omyłki – 99
- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 93, 94, 100
- rachunkowa – 97, 95

P

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia – 89

Podwykonawca – 34, 35

Prawo opcji – 157

Procedura odwrócona – 59, 60, 61

Próbka – 68

Przesłanki:

- negocjacje bez ogłoszenia – 89
- zamówienia z wolnej ręki – 90

Przedmiot zamówienia – 35, 37, 41, 48, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80

- równoważność – 81

Przystąpienie/Przystępujący – 34, 35, 38, 40, 43, 45, 174, 175, 176,
177, 178,
179

R

Referencje – 36, 37, 38, 66

Rozprawa:

– otwarcie rozprawy na nowo – 197

Równoważność – 81

S

Sąd Najwyższy (SN) – 44, 82

Self-cleaning – 58

Specyfikacja:

– treść – 37, 39

– modyfikacja – 86, 87

T

Termin:

– odwołanie – 172

– związania ofertą – 121, 122, 123, 173

Tryby postępowania:

– negocjacje bez ogłoszenia – 89

– zamówienie z wolnej ręki – 90

U

Udział w przygotowaniu postępowania – 49

Umowa:

- kara umowna – 82
- nienależyte wykonanie – 55, 56, 57
- termin dostawy – 83
- wzór – 84

Unieważnienie postępowania – 90, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162

W

Wadium:

- wadium wniesienie – 124, 125, 126, 127

Warunki udziału w postępowaniu – 34, 39, 62

- wiedza i doświadczenie – 37

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 69

Wpływ na wynik postępowania – 198,

Wprowadzenie w błąd – 41, 44, 45

Wybór oferty najkorzystniejszej - 170

Wykluczenie wykonawcy:

- wykluczenie – 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 56
- informacja o wykluczeniu – 152

Wynagrodzenie ryczałtowe – 64

Wyrokowanie – 169, 196, 199, 200

Z

Zakłócenie konkurencji – 46, 49, 50, 51

Zamówienia w częściach (częściowe) – 85

Zarzuty – 171, 199

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę – 78, 79, 80

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- **równego traktowania** – 46, 49, 91
- **uczciwej konkurencji** – 46, 49, 74, 75, 76, 77, 89, 91
- **proporcjonalności** – 91
- **przejrzystości** – 49, 91

Ż

Żądania:

- **wykonanie czynności zgodnie z żądaniem** – 180

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

- 1) **Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.)**
- 2) **Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.)**
- 3) **Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145, ze zm.)**
- 4) **Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1460, ze zm.)**
- 5) **Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., ze zm.)**
- 6) **Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1950, ze zm.)**
- 7) **Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040, ze zm.)**
- 8) **Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 505, ze zm.)**
- 9) **Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 935, ze zm.)**
- 10) **Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2357, ze zm.)**
- 11) **Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r., poz. 1186, ze zm.)**

- 12) Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r., poz. 2010, ze zm.)
- 13) Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r., poz. 1396, ze zm.)
- 14) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1010)
- 15) Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r., poz. 1192)
- 16) Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2007 r., Nr 231, poz. 1701, ze zm.)
- 17) Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tj. z dnia 15 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 1359)
- 18) Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. z dnia 17 stycznia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 351)
- 19) Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tj. z dnia 27 lipca 2020 r., (Dz.U. z 2020 r., poz. 1406)
- 20) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów tj. z dnia 22 maja 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 1076)
- 11) Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2018 r. Nr 1945, ze zm.)
- 22) Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 797)
- 23) Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742)

- 24) **Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2016 C 202)**
- 25) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., ze zm.)**
- 26) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., ze zm.)**
- 27) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216, ze zm.)**
- 28) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE. L 335)**
- 29) **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 (Dz. Urz. UE. L 395, ze zm.)

- 30) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 48/1 z 23.02.2011, ze zm.)**
- 31) **Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L 257)**
- 32) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1092)**
- 33) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 972)**
- 34) **Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126)**
- 35) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz**

udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1261)

- 36) Rozporządzenie Rady Ministrów z 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2247)**
- 37) Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. 2016 r., poz. 93)**
- 38) Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 23 marca 2020 r. w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania niektórych podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 511)**

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2020