

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 26

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 26

WARSZAWA, październik 2017

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 26

### **Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:**

Małgorzata Stręciwillk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Niedziałek-Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Kuciak (Krajowa Izba Odwoławcza do dnia 31.08.2017 r.)

Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Pod kierownictwem:**

Małgorzaty Stręciwillk

### **Opracowanie techniczne:**

Urszula Krynicka

### **Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

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

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

Nakład: 1000 egz.

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Poligrafii

**COAR** Centrum Obsługi  
Administracji Rządowej

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 552/W/C/2017

Warszawa 2017 r.

## SPIS TREŚCI

<b>WPROWADZENIE</b> . . . . .	<b>12</b>
<b>WYKAZ SKRÓTÓW</b> . . . . .	<b>14</b>
<b>Art. 7 ust. 1</b> . . . . .	<b>15</b>
1. Sygn. akt: KIO 2099/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r. . . . .	15
2. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. . . . .	15
3. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r. . . . .	15
4. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r. . . . .	16
5. Sygn. akt: VI Ca 665/16, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 21 września 2016 r. . . . .	16
<b>Art. 8 ust. 1–3</b> . . . . .	<b>17</b>
6. Sygn. akt: KIO 1648/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r. . . . .	17
7. Sygn. akt: KIO 1835/16, Wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. . . . .	18
8. Sygn. akt: KIO 1829/16, KIO 1840/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	19
9. Sygn. akt: KIO 2022/16, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r. . . . .	20
10. Sygn. akt: KIO 2233/16, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2016 r. . . . .	21
11. Sygn. akt: KIO 2322/16, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2016 r. . . . .	22
12. Sygn. akt: XXIII Ga 285/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2015 r. . . . .	22
<b>Art. 14 ust. 1</b> . . . . .	<b>22</b>
13. Sygn. akt: KIO 1914/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r. . . . .	22
<b>Art. 22 ust. 1a.</b> . . . . .	<b>23</b>
14. Sygn. akt: KIO 2152/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r. . . . .	23
15. Sygn. akt: KIO 2112/16, KIO 2122/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r. . . . .	23
16. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. . . . .	23
17. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r. . . . .	24
<b>Art. 22 ust. 1b pkt 1</b> . . . . .	<b>24</b>
18. Sygn. akt: X Ga 457/16/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 6 lutego 2017 r. . . . .	24
<b>Art. 22 ust. 1b pkt 2</b> . . . . .	<b>25</b>
19. Sygn. akt: KIO 1878/16, KIO 1882/16, KIO 1894/16, Wyrok KIO z dnia 27 października 2016 r. . . . .	25
20. Sygn. akt: KIO 2369/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. . . . .	26
21. Sygn. akt: III Ca 875/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 września 2015 r. . . . .	26

<b>Art. 22 ust. 1b pkt 3</b> . . . . .	<b>27</b>
22. Sygn. akt: KIO 1959/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r. . . . .	27
23. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r. . . . .	28
<b>Art. art. 22a</b> . . . . .	<b>28</b>
24. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r. . . . .	28
25. Sygn. akt: XXIII Ga 1401/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 listopada 2015 r. . . . .	29
26. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r. . . . .	29
27. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku z dnia 28 lipca 2016 r. . . . .	29
28. Sygn. akt: VI Ga 306/16, Wyrok SO w Legnicy z dnia 5 sierpnia 2016 r. . . . .	30
<b>Art. 23</b> . . . . .	<b>31</b>
29. Sygn. akt: KIO 2169/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r. . . . .	31
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 15</b> . . . . .	<b>32</b>
30. Sygn. akt: KIO 2278/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. . . . .	32
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17</b> . . . . .	<b>32</b>
31. Sygn. akt: KIO 1942/16, KIO 1952/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	32
32. Sygn. akt: KIO 2196/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. . . . .	32
33. Sygn. akt: KIO 2278/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. . . . .	33
34. Sygn. akt: KIO 2321/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r. . . . .	33
35. Sygn. akt: X Ga 739/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 19 stycznia 2017 r. . . . .	34
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 19</b> . . . . .	<b>35</b>
36. Sygn. akt: KIO 2228/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r. . . . .	35
<b>Art. 24 ust. 5 pkt 2</b> . . . . .	<b>36</b>
37. Sygn. akt: KIO 2335/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r. . . . .	33
38. Sygn. akt: XII Ga 397/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 22 września 2015 r. . . . .	36
<b>Art. 25 ust. 1</b> . . . . .	<b>37</b>
39. Sygn. akt: KIO 1942/16, KIO 1952/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	37
40. Sygn. akt: KIO 2111/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2016 r. . . . .	38
41. Sygn. akt: KIO 2179/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r. . . . .	39
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 1</b> . . . . .	<b>39</b>
42. Sygn. akt: KIO 2145/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r. . . . .	39
43. Sygn. akt: KIO 2217/16, KIO 2221/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r. . . . .	40
<b>Art. 26 ust. 1 i 2</b> . . . . .	<b>41</b>
44. Sygn. akt: KIO 2249/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r. . . . .	41
45. Sygn. akt: KIO 2330/16, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2016 r. . . . .	42

---

<b>Art. 26 ust. 3 i 3a</b> . . . . .	<b>43</b>
46. Sygn. akt: KIO 1732/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r. . . . .	43
47. Sygn. akt: KIO 2167/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r. . . . .	43
48. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	43
49. Sygn. akt: XXIII Ga 1318/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 2 lutego 2017 r. . . . .	43
<b>Art. 29</b> . . . . .	<b>44</b>
50. Sygn. akt: KIO 1915/16, KIO 1916/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	44
51. Sygn. akt: KIO 2004/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	45
52. Sygn. akt: KIO 2175/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r. . . . .	45
53. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. . . . .	46
54. Sygn. akt: KIO 2217/16, KIO 2221/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r. . . . .	47
55. Sygn. akt: KIO 2284/16, KIO 2290/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	47
56. Sygn. akt: KIO 2357/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r. . . . .	49
57. Sygn. akt: XXIII Ga 693/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r. . . . .	49
58. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r. . . . .	49
59. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r. . . . .	50
<b>Art. 29 ust. 3a</b> . . . . .	<b>51</b>
60. Sygn. akt: KIO 2152/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r. . . . .	51
61. Sygn. akt: KIO 2280/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r. . . . .	51
<b>Art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. a 44</b> . . . . .	<b>52</b>
62. Sygn. akt: KIO 2037/16, KIO 2039/16, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r. . . . .	52
<b>Art. 30 ust. 5</b> . . . . .	<b>52</b>
63. Sygn. akt: KIO 1838/16, Wyrok KIO z dnia 11 października 2016 r. . . . .	52
64. Sygn. akt: KIO 2312/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r. . . . .	53
<b>Art. 34 ust. 5</b> . . . . .	<b>53</b>
65. Sygn. akt: XXIII Ga 1923/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r. . . . .	53
<b>Art. 36.</b> . . . . .	<b>54</b>
66. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. . . . .	54
<b>Art. 36a</b> . . . . .	<b>56</b>
67. Sygn. akt: KIO 1954/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r. . . . .	56
<b>Art. 38</b> . . . . .	<b>56</b>
68. Sygn. akt: KIO 2060/16, KIO 2100/16, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r. . . . .	56
69. Sygn. akt: X Ga 739/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 19 stycznia 2017 r. . . . .	57

---

<b>Art. 45 ust. 3</b> . . . . .	<b>58</b>
70. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	58
<b>Art. 46 ust. 4a</b> . . . . .	<b>58</b>
71. Sygn. akt: KIO 2179/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r. . . . .	58
<b>Art. 67 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>59</b>
72. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r. . . . .	59
<b>Art. 85.</b> . . . . .	<b>60</b>
73. Sygn. akt: XXIII Ga 729/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r. . . . .	60
74. Sygn. akt: X Ga 40/16/za, Wyrok SO w Gliwicach z 3 czerwca 2016 r. . . . .	60
<b>Art. 86 ust. 2</b> . . . . .	<b>61</b>
75. Sygn. akt: KIO 2303/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r. . . . .	61
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>61</b>
76. Sygn. akt: KIO 1990/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r. . . . .	61
77. Sygn. akt: KIO 2023/16, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r. . . . .	63
78. Sygn. akt: KIO 2300/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. . . . .	63
79. Sygn. akt: KIO 2360/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. . . . .	64
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 1</b> . . . . .	<b>64</b>
80. Sygn. akt: XXIII Ga 1817/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 lutego 2017 r. . . . .	64
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>65</b>
81. Sygn. akt: KIO 1694/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r. . . . .	65
82. Sygn. akt: KIO 1732/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r. . . . .	65
83. Sygn. akt: KIO 1946/16, Wyrok KIO z dnia 28 października 2016 r. . . . .	66
84. Sygn. akt: KIO 2245/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r. . . . .	67
85. Sygn. akt: KIO 2318/16, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2016 r. . . . .	68
86. Sygn. akt: KIO 2359/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	68
87. Sygn. akt: XXIII Ga 930/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 września 2015 r. . . . .	68
88. Sygn. akt: III Ca 1583/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 grudnia 2015 r. . . . .	70
89. Sygn. akt: XIX Ga 398/16, Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r. . . . .	70
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>71</b>
90. Sygn. akt: KIO 1847/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r. . . . .	71
91. Sygn. akt: KIO 1874/16, Wyrok KIO z dnia 24 października 2016 r. . . . .	71
92. Sygn. akt: KIO 1914/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r. . . . .	72
93. Sygn. akt: KIO 1976/16, Wyrok KIO z dnia 28 października 2016 r. . . . .	72

---

94. Sygn. akt: KIO 2099/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r. . . . .	73
95. Sygn. akt: KIO 2200/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r. . . . .	74
96. Sygn. akt: KIO 2316/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r. . . . .	74
97. Sygn. akt: KIO 2360/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. . . . .	75
98. Sygn. akt: XXIII Ga 1341/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 października 2015 r. . . . .	75
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3 . . . . .</b>	<b>76</b>
99. Sygn. akt: KIO 1823/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r. . . . .	76
100. Sygn. akt: KIO 2091/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r. . . . .	76
101. Sygn. akt: KIO 2184/16, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2016 r. . . . .	77
102. Sygn. akt: VII Ca 160/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 29 kwietnia 2015 r. . . . .	78
103. Sygn. akt: XXIII Ga 586/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r. . . . .	79
104. Sygn. akt: XXIII Ca 1826/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	80
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>80</b>
105. Sygn. akt: KIO 1802/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r. . . . .	80
106. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	80
107. Sygn. akt: II Ca 1601/15, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 19 stycznia 2016 r. . . . .	81
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6 . . . . .</b>	<b>82</b>
108. Sygn. akt: KIO 2060/16, 2100/16, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r. . . . .	82
109. Sygn. akt: KIO 2222/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r. . . . .	84
110. Sygn. akt: XXIII Ga 314/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2015 r. . . . .	85
111. Sygn. akt: XII Ga 405/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 7 października 2015 r. . . . .	86
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 7b . . . . .</b>	<b>86</b>
112. Sygn. akt: KIO 2062/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r. . . . .	86
113. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	87
114. Sygn. akt: XIX Ga 151/15, Wyrok SO w Katowicach z 16 kwietnia 2015 r. . . . .	87
115. Sygn. akt: VIII Ga 280/15, Wyrok SO w Bydgoszczy z 13 stycznia 2016 r. . . . .	88
<b>Art. 90 ust. 1–3 . . . . .</b>	<b>89</b>
116. Sygn. akt: KIO 1748/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r. . . . .	89
117. Sygn. akt: KIO 1709/16, Wyrok KIO z dnia 4 października 2016 r. . . . .	89
118. Sygn. akt: KIO 1851/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r. . . . .	90
119. Sygn. akt: KIO 1866/16, Wyrok KIO z dnia 19 października 2016 r. . . . .	90
120. Sygn. akt: KIO 1887/16, Wyrok KIO z dnia 24 października 2016 r. . . . .	90
121. Sygn. akt: KIO 1905/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r. . . . .	91
122. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r. . . . .	91



123. Sygn. akt: KIO 2007/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	92
124. Sygn. akt: KIO 2036/16, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2016 r. . . . .	93
125. Sygn. akt: KIO 2017/16, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r. . . . .	93
126. Sygn. akt: KIO 2064/16, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r. . . . .	94
127. Sygn. akt: KIO 2062/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r. . . . .	94
128. Sygn. akt: KIO 2344/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	95
129. Sygn. akt: KIO 2374/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. . . . .	96
130. Sygn. akt: KIO 2372/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r. . . . .	97
131. Sygn. akt: VIII Ga 184/15, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 3 lipca 2015 r. . . . .	97
132. Sygn. akt: IV Ca 204/15, Wyrok SO w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. . . . .	98
133. Sygn. akt: XXIII Ga 1072/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r. . . . .	98
134. Sygn. akt: XXIII Ga 451/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r. . . . .	99
135. Sygn. akt: IX Ga 438/16, Wyrok SO w Lublinie z dnia 25 listopada 2016 r. . . . .	99
136. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r. . . . .	100
<b>Art. 91 ust. 1 . . . . .</b>	<b>101</b>
137. Sygn. akt: KIO 1738/16, KIO 1740/16, Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r. . . . .	101
138. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r. . . . .	102
<b>Art. 91 ust. 2 . . . . .</b>	<b>103</b>
139. Sygn. akt: KIO 2337/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r. . . . .	103
140. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r. . . . .	103
<b>Art. 91 ust. 3 . . . . .</b>	<b>104</b>
141. Sygn. akt: KIO 2101/16, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2016 r. . . . .	104
<b>Art. 92 . . . . .</b>	<b>105</b>
142. Sygn. akt: KIO 1846/16, Wyrok KIO z dnia 20 października 2016 r. . . . .	105
143. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	105
144. Sygn. akt: KIO 2372/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r. . . . .	105
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 6 . . . . .</b>	<b>106</b>
145. Sygn. akt: KIO 1967/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	106
146. Sygn. akt: XXIII Ga 2036/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lutego 2016 r. . . . .	106
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7 . . . . .</b>	<b>107</b>
147. Sygn. akt: KIO 2057/16, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2016 r. . . . .	107
148. Sygn. akt: KIO 2109/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r. . . . .	108
149. Sygn. akt: KIO 2259/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r. . . . .	109
150. Sygn. akt: KIO 2389/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r. . . . .	110

---

<b>Art. 131l ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>110</b>
151. Sygn. akt: KIO 1967/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r. . . . .	110
<b>Art. 139 ust. 1</b> . . . . .	<b>110</b>
152. Sygn. akt: KIO 1915/16, KIO 1916/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	110
153. Sygn. akt: KIO 2008/16, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2016 r. . . . .	111
154. Sygn. akt: KIO 2171/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r. . . . .	112
155. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. . . . .	112
156. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. . . . .	114
157. Sygn. akt: KIO 2177/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. . . . .	114
158. Sygn. akt: KIO 2280/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r. . . . .	115
159. Sygn. akt: KIO 2339/16, KIO 2352/17, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r. . . . .	116
160. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r. . . . .	116
<b>Art. 143d ust. 1</b> . . . . .	<b>116</b>
161. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r. . . . .	116
<b>Art. 144</b> . . . . .	<b>117</b>
162. Sygn. akt: XXIII Ga 1923/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r. . . . .	117
<b>Art. 148</b> . . . . .	<b>117</b>
163. Sygn. akt: KIO 2177/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. . . . .	117
<b>Art. 179 ust. 1</b> . . . . .	<b>117</b>
164. Sygn. akt: KIO 1776/16, Wyrok KIO z dnia 10 października 2016 r. . . . .	117
165. Sygn. akt: KIO 1961/16, KIO 1962/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r. . . . .	118
166. Sygn. akt: KIO 2111/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopad 2016 r. . . . .	119
167. Sygn. akt: KIO 2121/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r. . . . .	119
168. Sygn. akt: KIO 2154/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r. . . . .	119
169. Sygn. akt: KIO 2175/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r. . . . .	120
170. Sygn. akt: XII Ga 788/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 5 lutego 2016 r. . . . .	120
171. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r. . . . .	121
172. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r. . . . .	121
<b>Art. 180 ust. 3</b> . . . . .	<b>122</b>
173. Sygn. akt: KIO 1738/16, KIO 1740/16, Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r. . . . .	122
<b>Art. 183 ust. 1</b> . . . . .	<b>124</b>
174. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r. . . . .	124

<b>Art. 185 ust. 1–6</b> . . . . .	<b>124</b>
175. Sygn. akt: KIO 1855/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r. . . . .	124
176. Sygn. akt: KIO 1961/16, KIO 1962/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r. . . . .	124
177. Sygn. akt: KIO 2183/16, Postanowienie KIO z dnia 29 listopada 2016 r. . . . .	124
178. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r. . . . .	125
<b>Art. 186</b> . . . . .	<b>126</b>
179. Sygn. akt: KIO 1748/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r. . . . .	126
180. Sygn. akt: KIO 2129/16, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2016 r. . . . .	127
181. Sygn. akt: KIO 2274/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r. . . . .	127
182. Sygn. akt: KIO 2327/16, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2016 r. . . . .	128
183. Sygn. akt: KIO 2348/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	128
184. Sygn. akt: XII Ga 651/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 listopada 2015 r. . . . .	128
<b>Art. 187 ust. 6</b> . . . . .	<b>129</b>
185. Sygn. akt: XII Ga 369/15, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 3 lipca 2015 r. . . . .	129
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>129</b>
186. Sygn. akt: KIO 2378/16, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2016 r. . . . .	129
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>130</b>
187. Sygn. akt: KIO 2047/16, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r. . . . .	130
188. Sygn. akt: XII Ga 847/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 4 lutego 2016 r. . . . .	131
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4</b> . . . . .	<b>131</b>
189. Sygn. akt: KIO 1830/16, Wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. . . . .	131
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 5</b> . . . . .	<b>132</b>
190. Sygn. akt: KIO 2088/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2016 r. . . . .	132
191. Sygn. akt: KIO 2154/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r. . . . .	132
192. Sygn. akt: XIX Ga 502/15, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 lipca 2015 r. . . . .	133
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 6</b> . . . . .	<b>133</b>
193. Sygn. akt: KIO 2387/16, Postanowienie KIO z dnia 29 grudnia 2016 r. . . . .	133
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>134</b>
194. Sygn. akt: III Ca 302/15, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 23 kwietnia 2015 r. . . . .	134
195. Sygn. akt: KIO 2074/16, Postanowienie KIO z dnia 15 listopada 2016 r. . . . .	134
<b>Art. 190 ust. 1–7</b> . . . . .	<b>134</b>
196. Sygn. akt: KIO 1648/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r. . . . .	134

---

197. Sygn. akt: KIO 1737/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r. . . . .	135
198. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r. . . . .	135
199. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r. . . . .	136
200. Sygn. akt: VII Ga 48/15, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2015 r. . .	137
201. Sygn. akt: XII Ga 303/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2015 r. . . . .	137
202. Sygn. akt: IV Ca 204/15, Wyrok SO w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. . . . .	137
203. Sygn. akt: IX Ga 141/15, Wyrok SO w Lublinie z dnia 14 lipca 2015 r. . . . .	138
204. Sygn. akt: XXIII Ga 1072/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r. . . . .	138
205. Sygn. akt: XXIII Ga 930/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 września 2015 r. . . . .	138
206. Sygn. akt: XII Ga 405/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 7 października 2015 r. . . . .	138
207. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r. . . . .	139
208. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku dnia 28 lipca 2016 r. . . . .	139
209. Sygn. akt: VI Ga 306/16, Wyrok SO w Legnicy z dnia 5 sierpnia 2016 r. . . . .	139
210. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r. . . . .	140
<b>Art. 192 ust. 2 . . . . .</b>	<b>142</b>
211. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r. . . . .	142
212. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r. . . . .	142
<b>Art. 192 ust. 3 pkt 3 . . . . .</b>	<b>142</b>
213. Sygn. akt: XXIII Ga 20/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 marca 2016 r. . . . .	142
<b>Art. 192 ust. 7 . . . . .</b>	<b>143</b>
214. Sygn. akt: KIO 2344/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. . . . .	143
215. Sygn. akt: III Ca 1583/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 grudnia 2015 r. . . . .	143
216. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku dnia 28 lipca 2016 r. . . . .	143
217. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r. . . . .	144
<b>Art. 192 ust. 9 i 10 . . . . .</b>	<b>144</b>
218. Sygn. akt: KIO 1744/16, Wyrok KIO z dnia 3 październik 2016 r. . . . .	144
219. Sygn. akt: III Cz 817/15, Postanowienie SO w Nowym Sączu z dnia 19 listopada 2015 r. . . . .	144
220. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r. . . . .	145
221. Sygn. akt: XII Ga 493/16, Postanowienie SO w Gdańsk z dnia 23 sierpnia 2016 r. . . .	145
<b>Art. 198a ust. 1 . . . . .</b>	<b>145</b>
222. Sygn. akt: I Ca 114/15, Postanowienie SO w Ostrołęce z dnia 17 marca 2015 r. . . . .	145
223. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r. .	146
224. Sygn. akt: XXIII Ga 1685/16, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 8 grudnia 2016 r. .	147
225. Sygn. akt: XXIII Ga 2039/16, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 8 lutego 2017 r. .	147

---

<b>Art. 198a ust. 2</b> . . . . .	<b>148</b>
226. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r. . . . .	148
<b>Art. 198b ust. 2</b> . . . . .	<b>149</b>
227. Sygn. akt: VII Ga 48/15, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2015 r. . . . .	149
228. Sygn. akt: V Ca 178/15, Postanowienie SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 maja 2015 r.. . . . .	149
229. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r. . . . .	150
230. Sygn. akt: XXIII Ga 729/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r. . . . .	151
231. Sygn. akt: XIX Ga 398/16, Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r. . . . .	151
<b>Art. 198c</b> . . . . .	<b>151</b>
232. Sygn. akt: XII Ga 303/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2015 r. . . . .	151
<b>Art. 198e ust. 1</b> . . . . .	<b>153</b>
233. Sygn. akt: XIX Ga 110/15, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 22 kwietnia 2015 r. . . . .	153
234. Sygn. akt: XII Ga 227/16, Postanowienie SO w Gdańsk z dnia 12 kwietnia 2016 r. . . . .	153
<b>Indeks rzeczowy</b> . . . . .	<b>155</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach</b> . . . . .	<b>159</b>

## WPROWADZENIE

Przekazujemy w Państwa ręce bieżący numer Zeszytu Orzeczniczego. Zeszyt ten zawiera 234 tezy orzecznicze, które Zespół Redakcyjny wybrał dla Państwa po analizie 560 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w okresie od października do grudnia 2016 r. oraz około 300 orzeczeń sądów okręgowych wydanych w sprawach z lat: 2015–2016.

Zeszyt nr 26 jest o tyle wart uwagi i polecenia, że zawiera orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, które rozpoznają skargi na orzeczenia Izby. Ponadto publikacja ta zawiera już sporo orzeczeń wydanych w oparciu o zmienione ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym kontekście zauważyć także należy, że w publikacji przyjęto taką systematykę, której efektem jest przyporządkowanie tez orzecznich do znowelizowanych już i aktualnie obowiązujących przepisów, co – mam nadzieję – ułatwi analizę orzecznictwa.

Zachęcając Państwa do lektury Zeszytu, w szczególności proponuję tezy odnoszące się do takich kwestii jak: korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, stosowanie nowego wymogu związanego z zatrudnianiem pracowników do realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę, badania podejrzenia zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w postępowaniu.

Korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego podlegało w znowelizowanych przepisach pewnym zmianom, które nakierowane były na realne udostępnianie wykonawcy określonego potencjału w taki sposób, aby istniała obiektywna możliwość jego wykorzystania przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia. Na taki kierunek orzeczniczy wskazują zawarte w publikacji tezy orzecznicze, w tym tezy pochodzące z wyroków sądów okręgowych (tezy nr 24–28).

Pierwsze orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zamieszczone w Zeszycie nr 26, a dotyczące stosowania art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazują na konieczność dokonania przez zamawiającego analizy opisu przedmiotu zamówienia w kontekście jego charakteru i realizacji świadczeń objętych przedmiotem umowy w taki sposób, aby zapewnić, również w ramach realizacji zamówień publicznych, stosowanie przepisów Kodeksu pracy (tezy 60–61).

Bieżący numer Zeszytu zawiera także sporo tez orzecznich odnoszących się do tematyki rażąco niskiej ceny (tezy nr 105–107) i badania podejrzenia rażąco niskiej ceny (tezy nr 116–136). Zebrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, odnoszą się m.in. do takich kwestii, jak obowiązek uprzedniej weryfikacji podejrzenia rażąco niskiej ceny przed odrzuceniem oferty wykonawcy, zasady dotyczące częstotliwości wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia wskazanego podejrzenia, ciężaru dowodowego – tak na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie postępowania odwoławczego czy sądowego oraz zwrócenie większej uwagi na jakość przedstawianych przez wykonawców wyjaśnień.

Ogromnie liczę na dobre przyjęcie publikacji z Państwa strony.

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwilk

Warszawa, 11 października 2017 r.

## WYKAZ SKRÓTÓW

<b>art.</b>	– artykuł
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Ustaw
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>TS UE, ETS, TSUE</b>	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>KC, Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>kp</b>	– Kodeks Pracy
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Krany
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>lit.</b>	– litera
<b>nr</b>	– numer
<b>OIGD</b>	– Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa
<b>PFU</b>	– Projekt Funkcjonalno-Użytkowy
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
<b>pkt</b>	– punkt
<b>por.</b>	– porównaj
<b>poz.</b>	– pozycja
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>PSZOK</b>	– Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych
<b>PZPB</b>	– Polski Związek Pracodawców Budownictwa
<b>RIPOK</b>	– Regionalna Instalacja do Przetwarzania Odpadów Komunalnych
<b>SIDiR</b>	– Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców
<b>SIWZ, s.i.w.z. lub siwz</b>	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>t.j.</b>	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>Ustawa Pzp, ustawa p.z.p., u.p.z.p., PZP, pzp lub p.z.p.</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>ust.</b>	– ustęp
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>VAT</b>	– podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>zob.</b>	– zobacz
<b>zd.</b>	– zdanie
<b>ze zm.</b>	– ze zmianami
<b>Znk, uoznk lub u.z.n.k.</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

## Art. 7 ust. 1

### 1. Sygn. akt: KIO 2099/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r.

W ocenie Izby zamawiający naruszył również art. 7 ust.1 Pzp. Przyczyny dla których odrzucił ofertę odwołującego, zamawiający znał od dnia otwarcia ofert. Nie były one jednak dla niego przeszkodą do udzielenie zamówienia w 1 części postępowania X S.A., który również nie złożył wymaganych certyfikatów. Kwestię tę zamawiający badał w czasie postępowania, jednak wyniki tego badania przyniosły odmienne skutki w przypadku ofert odwołującego i X S.A. Stosowanie w takich samych stanach faktycznych innych miar w stosunku do różnych wykonawców stanowi oczywiste naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, którego zamawiający się dopuścił.

### 2. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r.

W wyroku z dnia 22 października 2015 roku w sprawie C-425/14 *Impresa Edilux Srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i inni*, Trybunału Sprawiedliwości UE (pkt 29) wskazał, że: „Niemniej jednak, zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, taki środek nie powinien wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu” (zob. podobnie wyrok *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 *Werner Mangold*: „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem” (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. I – 10037 w sprawie C-476/99 *Lommers*. ...).

Przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności brak jest ze strony Odwołującego argumentacji wskazującej, iż postawione przez Zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji. Gdyby taka sytuacja miała miejsce nie zachodziłaby trudność w wykazaniu jakie inne, mniej rygorystyczne, środki mogą doprowadzić do osiągnięcia założonych przez Zamawiającego celów, tj. należytego nadzoru nad realizowanymi robotami, usprawnienia przebiegu procesu inwestycyjnego, dochowaniem terminów oraz zmobilizowaniem wykonawców do należytego opracowania dokumentacji projektowej. Jednakże w niniejszym przypadku w ramach swojej argumentacji Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że istnieją inne adekwatne do założonych celów środki, którymi Zamawiający może zastąpić te wskazane w dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż kwestionowane postanowienia uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu.

### 3. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r.

Wynikające z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasada równości i zasada uczciwej konkurencji mają fundamentalne znaczenie w systemie zamówień publicznych. Pierwsza z nich nakłada na zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców na wszystkich etapach postępowania, zaś druga nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie



uczciwej konkurencji. Z tą drugą zasadą koresponduje przepis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Obie te zasady są bezwzględными nakazami prawa, do którego respektowania zobowiązany jest zamawiający w procedurze zamówień publicznych.

#### **4. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r.**

Rację ma skarżący, iż termin przedłożenia dokumentów uzupełniających wyznacza zamawiający. Jednakże w ocenie Sądu termin ten musi być jednakowy dla wszystkich, przy czym wyznaczenie terminu musi być realistyczne. Zamawiający nie może dostosowywać terminów na uzupełnienie dokumentów do potrzeb konkretnego wykonawcy, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 Prawa zamówień publicznych oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary dla wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

#### **5. Sygn. akt: VI Ca 665/16, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 21 września 2016 r.**

Sąd nie znalazł podstaw do podważenia przyjętego przez Izbę nakazu podziału zamówienia na dwie części:

1. usługi odbioru i zagospodarowania odpadów,
2. utworzenia i prowadzenia Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Podział ten ma zapobiec naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz umożliwić szerszej grupie wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodzić się należy z zamawiającym, że żaden przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 poz. 2164) w brzmieniu obowiązującym w dacie ogłoszenia zamówienia – 3 czerwca 2016 r., wprost nie nakazywał podziału zamówienia na części, tylko pozostawiał taką możliwość zamawiającemu, z ograniczeniem wynikającym z art. 32 ust. 2, który zakazywał podziału, w sytuacji, gdyby zmierzał on do uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Działanie zamawiającego musiało być jednak zgodne z pozostałymi przepisami ustawy, w szczególności z art. 7 ust. 1 stanowiącym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Dla równego traktowania wykonawców, podział zamówienia na wskazane przez Izbę części będzie zasadny i wystarczający.

W tym miejscu należy nadmienić, że odwołujący wnosił w pierwszej kolejności o podział zamówienia na trzy części: obejmującą usługę odbioru i transportu odpadów, obejmującą usługę zagospodarowania odpadów oraz na część obejmującą utworzenie i prowadzenie punktów PSZOK, czego Izba słusznie nie uwzględniła. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku tak ułożyć zamówienia, aby dostosować go do potrzeb określonego przedsiębiorcy, albo umożliwić złożenie oferty znacznej liczbie podmiotów. Musi jednak uwzględniać w danych realiach rynkowych zasadę zdrowej, uczciwej konkurencji, co wynika wprost z treści powołanego art. 7, a także z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącego (w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r. *[chodzi o 28 lipca 2016 r., tj. datę wejścia w życie przepisów nowelizacji ustawy Pzp., tj. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.]*), że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podział zamówienia na dwie wyżej wy-

mienione przez Izbę części umożliwi przystąpienie do przetargu, większej grupie podmiotów, co pozwoli zamawiającemu wybór odpowiedniej oferty, uwzględniającej realia rynkowe oraz będzie realizacją zasady konkurencyjności wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podział ten nie narusza art. 36 ust. 2 pkt 4 powołanej ustawy. Jest także uzasadniony w stosunku do możliwości przedsiębiorców działających w regionie właściwym dla zamawiającego, na co wskazywał X Sp. z o.o. w odwołaniu. Pozostawienie zamówienia bez podziału na części, przy założeniu dodatkowo 3 miesięcznego terminu do zorganizowania punktu PSZOK i istniejących wymogach prawnych w tym zakresie, faworyzowałoby dotychczasowego wykonawcę i ograniczałoby innym wykonawcom, poza obecnym możliwość rywalizowania o przedmiotowe zamówienie. Należy zwrócić uwagę, że podział zamówienia na części sugeruje art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65) stanowiący, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i przedmiot takich części. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie decydują się na udzielenie zamówienia w częściach, są zobowiązani do wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu.

### **Art. 8 ust. 1–3**

#### **6. Sygn. akt: KIO 1648/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r.**

(...) pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp (...) rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk.

Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, dowodzenie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej ma się jednak sprawa z wykazaniem, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

*Ad casum* Przystępujący, w celu wykazania ostatniej ze wspomnianych przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w Wyjaśnieniach I, powołał się na wprowadzenie jednego z konsorcjantów określonych standardów ochrony informacji mających dla niego znaczenie gospodarcze. Okoliczności tej Przystępujący nie udowodnił, mimo, że jak na to wskazują okoliczności sprawy (dowód DP1), mógł to uczynić. Należy bowiem zauważyć, że w toku postępowania odwoławczego (w załączeniu do pisma procesowego) przedstawił dokumenty, na które powoływał się w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych we wspomnianych wyjaśnieniach. Działanie takie Izba uważa za spóźnione i niemogące wywierać skutków w płaszczyźnie dokonywania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp precyzyjnie określa bowiem moment wykazania zasadności zastrzeżenia (nie później niż w terminie składania ofert/wniosków), zaś z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że reguła ta znajduje odpowiednie zastosowanie także na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania skutkowałoby *de facto* brakiem możliwości objęcia ochroną informacji, co do których potrzeba podzie-

lenia się nimi z zamawiającym wyniknęła po upływie terminu składania ofert/wniosków (np. informacji zawartych w wyjaśnieniach treści oferty w zakresie uprzednio objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, czy – jak w analizowanym przypadku – przekazanych Zamawiającemu w procedurze, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp). Ergo – obowiązkiem Przystępującego było nie tylko złożenie wraz z Wyjaśnieniami I uzasadnienia (wyjaśnienia, oświadczenia) zastrzeżenia zawartych w nich informacji, ale również udowodnienie okoliczności, na które powołał się w treści tego uzasadnienia, w szczególności przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, że zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego nie było skuteczne, co powinno spowodować ujawnienie objętych nim informacji, czego Zamawiający niezasadnie zaniechał.

## **7. Sygn. akt: KIO 1835/16, Wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r.**

Zauważyć należy, co Izba wielokrotnie podkreślała już w orzeczeniach, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do tych informacji może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca przykłada szczególną wagę do wykazania przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia i wskazuje, że wszelkie wyjątki do zasady jawności winny być interpretowane w sposób ścisły i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami. Intencja ustawodawcy została także wyrażona w treści samego uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (nowelizacja z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232, Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653), gdzie wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (przyj. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.”

Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Aby skutecznie wyjaśnić poczynione zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, tj.:

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

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, złożone przez wykonawcę X wyjaśnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści pisma z dnia 8 września 2016 r. nie spełniają przesłanek, wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. W szczególności niezasadnym jest już samo zastrzeżenie treści „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa”, zawarte na stronach 3 i 4 pisma z dnia 8 września 2016 r. „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” nie zawiera żadnych informacji, mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Nie są nimi z całą pewnością przywołane fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jest ogólnikowe, lakoniczne, co oznacza, że wykonawca, na którym spoczywa ciężar wykazania zasadności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podołał temu obowiązkowi. Również w dalszej części pisma z dnia 8 września 2016 r. nie ujęto żadnych informacji, które mogłyby stanowić *know – how* przedsiębiorcy, sam wykonawca wskazał na stronie 4 pisma, że cyt. „sposób wykonania zamówienia nie odbiega od warunków wykonywania świadczenia na rzecz niektórych klientów X (...) Proponowane rozwiązania są przez nas stosowane, nie istnieje zatem ryzyko niedotrzymania przez nas zadeklarowanych warunków wykonywania świadczenia”.

Brak podstaw, aby uznać, że w zał. nr 1 do odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień podano informacje mogące stanowić, jak wskazywał X, tajemnicę organizacyjną czy gospodarczą przedsiębiorstwa. Za takie informacje nie można uznać tabeli z czasami świadczenia usług, która jest powieleniem treści zawartej w jawnej ofercie, jak również informacji o zakresie obowiązków specjalistów Zespołu Obsługi Klientów Kluczowych czy możliwości skorzystania w toku realizacji zamówienia z aplikacji powszechnie dostępnej na stronie internetowej wykonawcy.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05 badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy do obowiązków zamawiającego. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów badania i oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena tej czynności dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony.

## **8. Sygn. akt: KIO 1829/16, KIO 1840/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.**

Rozpoznając pierwszy z zarzutów dotyczący oferty wykonawcy X – naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a podniesiony zarówno w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1929, jak i KIO 1840 – Izba uznała, że zastrzeżenie przez X informacji zawartych w formularzu ofertowym – załącznik nr 2 oraz w załączniku nr 3 do SIWZ – specyfikacja techniczna oferowanego urządzenia – dotyczących: producenta/modelu/typu oferowanych urządzeń, specyfikacji technicznej tych urządzeń, oraz wymaganych dla dokumentów związanych z oferowanymi urządzeniami [certyfikatów, deklaracji, wydruków z list kompatybilności, wyników testów i innych dokumentów wymaganych], i co więcej zastrzeżenie samego uzasadnienia zastrzeżenia dokonane zostało z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tak jak słusznie wskazywali Odwołujący, przedmiotem zamówienia — stosownie do treści SIWZ (pkt 3.1) – jest sprzęt mający pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji, z produkcji seryjnej z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez producenta. Wykluczone było zatem oferowanie sprzętu stanowiącego prototypy, czy zawierającego nowatorskie rozwiązania, których ujawnienie mogłoby narazić przedsiębiorcę na szkodę. Tym samym powyższe nie pozwala uznać, że zawarte w formularzu informacje mają wartość gospodarczą, szczególnie gdy informacje w zakresie oferowanego sprzętu, są powszechnie dostępne. Zatem

każdy z wykonawców, w tym X sp. z o.o., mogli zaferować standardowe rozwiązania, dostępne w publicznej sprzedaży. Żądane z kolei przez Zamawiającego dokumenty są udostępniane przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela każdemu zainteresowanemu podmiotowi, dostępne są także w internecie. Izba zgodziła się także z Odwołującymi, że wymagania techniczne dotyczące sprzętu zostały szczegółowo opisane przez Zamawiającego i w praktyce oznaczało, w przypadku nie stosowania równoważnych rozwiązań, powołanie się na te wymagania z ich uzupełnieniem o wskazanie nazw serwerów i półki oraz z uzupełnieniem o oznaczenie dla wymaganych podzespołów z użyciem odpowiednio ich nazw [np. procesora, pamięci dysku i płyty głównej]. Nie można zatem uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa umiejętności doboru przez profesjonalnego oferenta sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego. Izba stwierdziła jednocześnie, że w stanie faktycznym sprawy podnoszona przez Przystępującego X argumentacja zgłoszenia tego zarzutu po terminie nie zasługiwała na uwzględnienie. Zamawiający w odniesieniu do oferty wykonawcy X decyzję ostateczną o nieujawnieniu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, podjął w dniu 27.09.2016 r. informując o tym Odwołującego Y. W przypadku Konsorcjum Y podjął decyzję przeciwną i o ujawnieniu zastrzeżonych informacji analogicznych jak w ofercie X, zdecydował w dniu 21.09.2016 r.

## 9. Sygn. akt: KIO 2022/16, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r.

(...) do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert, a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającym takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie.

Wykonawca X Sp. z o.o. z siedzibą we W. poczynił stosowne zastrzeżenie, jednak nie wykazał jednocześnie – przy dokonywaniu tej czynności – zasadności tego zastrzeżenia. W ocenie Izby, aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji, w której znajduje się wykonawca, wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. (...)

Odnosząc się do Załącznika nr 4 oraz 5 – Opinii bankowej oraz Opłaconej polisy ubezpieczeniowej – informacje te stanowią zwykłe potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co więcej, podanego do publicznej wiadomości, tj. posiadania przez niego ubezpieczenia oraz środków finansowych na odpowiednim poziomie wymaganym przez zamawiającego. Dokumenty te z istoty swojej zawierają więc pewną informację na temat zdolności ekonomicznej czy sytuacji finansowej wykonawcy i jego możliwości dokonywania transakcji handlowych, co jednak nie stanowi informacji wrażliwej, zasługującej na ochronę przed dostępem innych podmiotów. Jej ujawnienie w żaden sposób nie może przedsiębiorcy zaszkodzić czy pociągnąć za sobą jakichkolwiek negatywnych konsekwencji.

(...) lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej również nie stanowi informacji chronionej prawnie i nie ma podstaw do jej utajniania w niniejszym stanie faktycznym.



Jak trafnie zauważył Odwołujący dokument ten stanowi jedynie informację o istniejących pomiędzy danymi podmiotami powiązaniach kapitałowych, które z istoty swojej nie mają charakteru tajnego. Informacje te można bowiem znaleźć w powszechnie dostępnych rejestrach handlowych, w których wskazuje się osoby pełniące w danym podmiocie funkcje zarządzające lub nadzorcze, oraz wspólników danego podmiotu czy jego właścicieli, co pozwala na ustalenie pewnych powiązań pomiędzy spółkami, które decydują o przynależności do jednej grupy kapitałowej. Są to dane powszechnie dostępne, które bez względu na kraj pochodzenia przedsiębiorcy są i muszą być – z istoty swojej jawne. X Sp. z o.o. z siedzibą we W. uzasadniając zastrzeżenie tej informacji wskazywał, że stanowi ona jednocześnie listę podmiotów, z którymi ten wykonawca współpracuje, a jej ujawnienie byłoby porównywalne do ujawnienia listy kontrahentów wykonawcy. Zgodzić należy się z Odwołującym, że sama lista podmiotów z grupy kapitałowej nie jest jednocześnie listą kontrahentów i nie wskazuje żadnych szczegółowych danych ani na temat konkretnych powiązań między przedsiębiorcami, ani zakresu, w jakim ze sobą współpracują, ani też warunków tej współpracy. Nie powinno więc ulegać wątpliwości, że sam fakt możliwości współpracy z pewnymi podmiotami nie ma charakteru informacji o wartości gospodarczej, a w konsekwencji nie może podlegać utajnieniu. (...)

Izba również zgodziła się z Odwołującym, że dokumenty, które wskazują na zakres prac powierzonych podwykonawcom czy też szczegółowy harmonogram prac nie mają co do zasady cech informacji posiadającej istotną wartość gospodarczą. Informacja o zakresie prac, jakie mają być powierzone podwykonawcom sama w sobie nie stanowi potwierdzenia, że dany wykonawca nie jest w stanie czy nie posiada kompetencji do realizacji danej części zamówienia, a tym samym nie stanowi informacji mającej znaczenie gospodarcze, techniczne czy technologiczne. Jest to bowiem informacja mająca walor jedynie w ramach danego przetargu i stanowiąca wyraz decyzji podjętej przez wykonawcę wyłącznie w jego zakresie. Z samej tej informacji nie można wyciągać zasadniczo żadnych dalszych wniosków, w tym co do posiadania określonego doświadczenia przez wykonawcę lub jego braku. Powierzenie realizacji części zamówienia innemu podmiotowi nie jest bowiem jednoznaczne z brakiem możliwości jej samodzielnej realizacji, wobec czego sama taka informacja nie ujawnia żadnych informacji podlegających ochronie. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można także uznać harmonogramu szczegółowej realizacji przedmiotu zamówienia w ramach postępowania, gdyż jest to również informacja mająca znaczenie jedynie w danym, określonym postępowaniu. Jest to odzwierciedlenie wizji wykonawcy dotyczącej realizacji danego przedmiotu zamówienia, która jest przygotowywana na potrzeby konkretnego projektu i zasadniczo nie może być powielana czy wielokrotnie wykorzystywana. Wobec tego jej ujawnienie nie spowoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, tym bardziej szkody po jego stronie.

#### **10. Sygn. akt: KIO 2233/16, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2016 r.**

Niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp dotyczący nieuprawnionego wyłączenia jawności złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień X w zakresie zaoferowanej ceny. Zwrócić należy uwagę na okoliczność, że w treści odwołania Odwołujący nie kwestionuje w żaden sposób skuteczności poczynionego zastrzeżenia, wskazuje On jedynie, że niemożliwość ich utajnienia wynika z faktu, iż informacja o objęciu tajemnicą tych informacji nie została podana na etapie składania ofert. Izba wskazuje, że co prawda art. 8 ust. 3 ustawy Pzp określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie odnośnie treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału, to jednak zasady te należy analogicznie stosować do zastrzeżenia tajemnicy oświadczeń i dokumentów, składanych na późniejszym etapie postępowania, tj. także po upływie terminu składania ofert/wniosków. Dopuszczalnym jest zatem objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu czy oświadczenia składanego

w wyniku wyjaśnień i złożenie stosowanego uzasadnienia co do poczynionego zastrzeżenia najpóźniej z chwilą złożenia owego oświadczenia lub dokumentu. Z tych względów zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uznanie.

### **11. Sygn. akt: KIO 2322/16, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2016 r.**

Reasumując, zdaniem Izby, niechęć do ujawnienia przez Odwołującego informacji dotyczących personelu przeznaczonego do realizacji przedmiotowego zamówienia i jego doświadczenia wynika z woli ograniczenia dostępu do tego personelu konkurencji, a nie z faktu zachowania i zapewnienia poufności tych informacji, bowiem powyższe w sposób niewątpliwy nie znalazło potwierdzenia ani w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym bardziej w materiale dowodowym. Podkreślenia wymaga, że z całą mocą należy zwalczać występujące z dużym nasileniem praktyki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa bez wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a przynajmniej bez wykazania ich zaistnienia, częstokroć tylko z powodu chęci uniemożliwienia innym wykonawcom dostępu do tych informacji. Zaś, uniemożliwianie innym wykonawcom dostępu do określonych informacji częstokroć nie jest podejmowane w celu ochrony czy ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, ale po to, aby umożliwić innym wykonawcom weryfikację informacji podanych przez wykonawcę i tym samym wyłączyć, a przynajmniej zminimalizować ryzyko skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej. (...)

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że prezentowane przez Odwołującego stanowisko w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nie do zaakceptowania, bowiem prowadziło by do wypaczenia tej instytucji. Z pewnością nie jest tak, że wszystko, za co Odwołujący zapłacił ma wartość gospodarczą, wartość ta musi być oceniana w aspekcie obiektywnym, a nie wedle przekonania wykonawcy. Przyjęcie tego stanowiska skutkowałoby paraliżem w zakresie posługiwania się informacją i unicestwieniem zasady jawności postępowania, co nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.

### **12. Sygn. akt: XXIII Ga 285/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2015 r.**

Odwołujący nie zna oferty ponieważ jest tajna, lecz ma obowiązek odnoszenia się do merytorycznych aspektów tej oferty, gdyż powinien przewidywać/zgadywać co w tej tajnej ofercie się znajduje. Nie tylko od uczestnika przetargu, lecz od każdej strony jakiegokolwiek postępowania publicznego, czy to administracyjnego, sądowego czy też jakiegokolwiek innego, nie można wymagać, aby formułowali zarzuty nie wiedząc z czym się nie zgadzają. Utajenie należy utożsamić z brakiem – tajne a więc nie istniejące dla osób innych niż strona, która pozbawiła dokument jawności. Powinno być to dla wszystkich oczywistością.

### **Art. 14 ust. 1**

### **13. Sygn. akt: KIO 1914/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r.**

Istotą zamówień publicznych jest to, że prowadzą one do realizacji odpłatnych umów zawieranych między zamawiającym a wykonawcą (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 66 kc oferta powinna określać istotne postanowienia przyszłej umowy. Skoro zatem definicja zamówienia publicznego odnosi się do umów odpłatnych, koniecznym jest, aby w treści oferty składanej przez wykonawcę określona została przez niego, w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego opisanym w treści SIWZ, cena, za którą będzie on gotów zrealizować zlecane przez Zamawiającego zamówienie. Ważnym jest też to, aby pełna treść oświadczenia woli wykonawcy została przedstawiona Zamawiającemu przed upływem termi-

nu składania ofert (art. 84 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), z zachowaniem rygoru formy pisemnej (art. 82 ust. 2 ustawy Pzp *aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 18 pkt 4) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.*), a tym samym, zgodnie z przepisem art. 78 kc, koniecznym jest to, aby na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, pod treścią tego oświadczenia, złożony został własnoręczny podpis wykonawcy lub osoby należycie umocowanej do działania w jego imieniu.

### **Art. 22 ust. 1a**

#### **14. Sygn. akt: KIO 2152/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r.**

W tym ostatnim, tj. pkt 3.2 c nakazano jednak dokonanie zmiany postanowień specyfikacji uznając, że przyjęcie warunku dysponowania minimum 25 osób oraz wymóg wykazania średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy na poziomie minimum 25 osób stanowi naruszenie zasady proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia wynikającej z przepisu art. 22 ust. 1a ustawy pzp. Skoro bowiem w opisie przedmiotu zamówienia przyjęto wymóg zatrudnienia z powołaniem na art. 29 ust. 3a ustawy pzp co najmniej 15 osób, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia, to wymogi co do wykazania większej liczby osób stanowią nadmiarowy warunek udziału w postępowaniu i naruszają przepis art. 22 ust. 1a pzp.

#### **15. Sygn. akt: KIO 2112/16, KIO 2122/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r.**

Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w *Uniwersalnym słowniku języka polskiego*, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym.

Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, (...), TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

#### **16. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut ten nie koresponduje z tezami podniesionym w odwołaniu w zakresie liczebności personelu. Na etapie rozprawy Odwoływający wskazał, że kwestionowany wymóg 8.6.2 nie koresponduje z postanowieniami PFU, co powoduje, że z jednego dokumentu wynika określona liczba osób przewidzianych do realizacji, zaś z drugiego dokumentu liczba personelu jest niesprecyzowana – co można odczytywać w ten sposób, że Zamawiający w zakresie liczebności personelu postawił wykonawcom niższe wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu niż na etapie realizacji umowy. W ocenie Izby w takim działaniu nie sposób doszukać się naruszenia ww. przepisu. Co do zasady warunki udziału nie mogą być nieadekwatne do przed-



miotu zamówienia, a więc stanowiąc przesłankę udziału w postępowaniu, nie mogą być w tym znaczeniu nadmiarowe. Postawienie warunków na niższym poziomie nie może stanowić o naruszeniu normy prawnej ujętej w treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, odnosząc się do rzekomej niedookreślonej liczby personelu kierowniczego na budowie, że kwestia ta jest regulowana przepisami ustawy Prawo budowlane oraz wynika z samej organizacji robót – która jest wyłączną domeną wykonawcy.

### **17. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r.**

„Zdolność zawodowa i techniczna”, o której mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to m.in. dotychczasowa „wiedza i doświadczenie”, do których odnosił się dawny art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 22d). W tym zakresie zachowują więc, co do zasady, aktualność dotychczasowe poglądy dotyczące sposobu formułowania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku języka polskiego PWN” ([www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)) proporcjonalność to 1. „harmonijny stosunek części składowych jakiejś całości do siebie nawzajem lub do tej całości”, 2. (mat.) „zależność między dwiema wielkościami, w której przy powiększeniu lub pomniejszeniu wartości jednej z nich, wartość drugiej zwiększa się tyleż razy lub tyleż razy się zmniejsza”.

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 jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy 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 Prawo zamówień publicznych ustawodawca wskazał sposób określenia powyższej proporcjonalności, tj. że punktem odniesienia się jest przedmiot zamówienia, a warunek ma być tak postawiony, by umożliwił ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności.

### **Art. 22 ust. 1b pkt 1**

### **18. Sygn. akt: X Ga 457/16/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 6 lutego 2017 r.**

W tym miejscu podkreślić bowiem trzeba, że omawiane wymagania w zakresie doświadczenia wykonawcy służą określonej celowi – wykazaniu doświadczenia i wynikającej z niego zdolności wykonawcy do wykonania konkretnego zamówienia. Dlatego gdyby nawet przyjąć, że jest w niniejszej sprawie miejsce na wątpliwości co do rozumienia wskazanych wcześniej pojęć to ewentualna ich interpretacja musi nastąpić przy uwzględnieniu tego co jest przedmiotem zamówienia.

Ponadto słusznie wskazała Izba, że z chwilą upublicznienia SIWZ jego rozumienie nie zależy od woli zamawiającego ale od ich oczywistego brzmienia, w tym od tego co wynika z przepisów prawa. Nie można bowiem przyjąć, jak chce skarżący, że zamawiający ma pełną swobodę wykładania użytych pojęć na każdym etapie postępowania. Respektowanie woli zamawiającego i jego rozumienia użytych w SIWZ pojęć nie może bowiem prowadzić do przyjęcia swobody kształtowania warunków zamówienia na każdym etapie postępowania,

w tym również po złożeniu ofert. Postanowienia specyfikacji są wiążące także dla zamawiającego, który nie może swobodnie dokonywać zmiany istotnych warunków zamówienia, przez ich swobodną interpretację na etapie badania i oceny ofert. (...)

Za nieuzasadniony uznał Sąd zarzut skargi oparty na twierdzeniu, że wszelkie niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Wskazać tutaj przede wszystkim należy, iż dla zastosowania tej zasady wymagane jest przede wszystkim istnienie owych niejasności. Ten warunek, jak już wcześniej wyjaśniono, w niniejszej sprawie nie zachodzi. Po drugie to, że wszelkie niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców nie oznacza, że należy je rozpatrywać na korzyść jednego z wykonawców (skarżącego). W istocie bowiem proponuje tutaj skarżący interpretację SIWZ która jest oderwana od ich literalnego brzmienia i przedmiotu zamówienia, a ponadto jest korzystna jedynie dla jednego z wykonawców (skarżącego) – z naruszeniem praw innych wykonawców. Dlatego również ten zarzut nie mógł odnieść zamierzonego skutku. (...) W tym miejscu należy wyjaśnić, że uznaje Sąd za zupełnie oderwane od przedmiotu zamówienia rozważanie skarżącego na temat tego czy projekt wykonany „dla budowy budynku” oznacza to samo co projekt budowlany tego budynku. Uznaje Sąd, że nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że projekt o jakim mowa w SIWZ musiał obejmować również projekt budynku szpitalnego o wskazanych w specyfikacji parametrach. Przyjęcie innego stanowiska powodowałoby, że za spełniający warunki musiałby być uznany każdy dowolny projekt budowlany wykonywany przy okazji budowy budynku szpitalnego, bez analizy tego co było przedmiotem owego projektu. Przyjęcie takiego stanowiska powodowałoby zaś utratę przez ów warunek wszelkiego znaczenia dla oceny posiadania przez wykonawców doświadczenia potrzebnego dla zrealizowania zamówienia. Pamiętać tutaj należy, że zamówienie przewidywało do wykonania określone prace projektowe i doświadczeniem potrzebnym do wykonania takich właśnie prac winien się wykonawca legitymować. (...)

Dlatego niezależnie od tego czy zostanie przyjęte, że projekt wykonany przez skarżącego był projektem budowlanym, to należy uznać, że nie spełniał on wymogów SIWZ, bowiem nie był projektem budowlanym dla budowy budynku o wskazanych tam parametrach. Przyjąć zaś należy, że pamiętając o przedmiocie niniejszego postępowania jedynie taki projekt może być uznany za spełniający omawiane warunki SIWZ.

## **Art. 22 ust. 1b pkt 2**

### **19. Sygn. akt: KIO 1878/16, KIO 1882/16, KIO 1894/16, Wyrok KIO z dnia 27 października 2016 r.**

W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania było bezpodstawne, wykazał on bowiem posiadanie zdolności kredytowej na kwotę wyższą niż wymagane przez Zamawiającego minimum. Zamawiający określił wymaganą zdolność kredytową wyrażając ją w walucie polskiej, nie można jednak wywieść z tego faktu zakazu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez złożenie informacji o wysokości zdolności kredytowej wyrażonej w innej walucie. Niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający uznał, że zdolność kredytowa określona częściowo w euro nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy oczywistym i niewymagającym szczegółowych obliczeń jest fakt, że zdolność ta przekracza wymaganą przez Zamawiającego wartość. Z lakonicznego uzasadnienia czynności wykluczenia nie sposób dowiedzieć się, na jakich argumentach Zamawiający oparł swoją tezę. Za argument taki nie może być uznany brak w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu informacji, że Zamawiający zdolność kredytową określoną w walucie obcej będzie brał pod uwagę, możliwość niewzięcia jej pod uwagę nie wynika bowiem ani z żadnych przepisów prawa, ani z istoty i celu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy

Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 1b ustawy Pzp – przyp. red.], o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej i finansowej. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (art. 22 ust. 5 ustawy Pzp) [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 1a ustawy Pzp – przyp. red.]. Tym samym za słuszne należy uznać stanowisko Odwoływającego, że w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu badaniu podlega potencjał finansowy wykonawcy, nie zaś posiadanie środków na realizację konkretnego zamówienia. Należy również zgodzić się z Odwoływającym co do nieracjonalnych konsekwencji stanowiska Zamawiającego, polegających na niedopuszczalnym ograniczeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom zagranicznym oraz wykonawcom posiadającym rachunki bankowe w walutach obcych, co byłoby naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

## **20. Sygn. akt: KIO 2369/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r.**

W zakresie zarzutu dotyczącego polisy OC w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż cytowane powyżej, przywoływane w treści odwołania wymagania SIWZ, co do przedłożenia polisy, odnoszą się jedynie do tych członków konsorcjów, którzy wykonywać będą prace związane z montażem/posadowieniem zestawów informacji przystankowej. Według oświadczenia Przystępującego, p. J. J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą X nie będzie wykonywał ww. prac. Wystarczające więc było przedłożenie polisy OC dla drugiego konsorcjanta, Y w K., która realnie wykonywała będzie rzeczony prace. I taką polisę XY do swojej oferty załączyło – jest to Polisa Nr (...) Z S.A. (str. 15 oferty).

W przedmiocie podnoszonego braku zakresowego powiązania działalności ubezpieczonej (objętej ww. polisą) z przedmiotem niniejszego zamówienia, Izba wskazuje, iż rzeczona polisa obejmuje m.in. roboty związane z budową dróg i autostrad (kod 42.11 PKD). Tymczasem, jak słusznie podniesiono w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 20 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 474/13, KIO 480/13, PKD dla usług polegających na utrzymaniu infrastruktury przystankowej klasyfikowane jest zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007, Nr 251, poz. 1885 ze zmianami) do podklas: 4334Z – „Malowanie i szklenie” oraz 4211Z – „Roboty związane z budową dróg i autostrad”.

Powyższe jednoznacznie przesądza, że działalność przyjęta do polisy przedłożonej przez Konsorcjum XY jest związana z przedmiotem zamówienia – zamawiane utrzymanie infrastruktury przystankowej mieści się w „Robotach związanych z budową dróg i autostrad” wprost objętych ubezpieczeniem.

## **21. Sygn. akt: III Ca 875/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 września 2015 r.**

W rozstrzyganej sprawie zgodnie z SIWZ wykonawca musiał wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż dwa miliony złotych. (...) Pojęcie zdolności kredytowej zostało natomiast zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 70 ust. 1 zdanie 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128), zgodnie z którym przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. (...) Procedury bankowe zawsze wymagają od kredytobiorcy dopełnienia określonych formalności czy spełnienia warunków na etapie przyznawania kredytu, ale dotyczy to sytuacji, w której kredytobiorca chce uzyskać konkretny kredyt. Od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia

wymaga się jedynie dysponowania odpowiednim potencjałem finansowym, który umożliwi mu wykonanie danego zamówienia. Zamawiający powinien posiadać wiedzę co do możliwości uzyskania przez wykonawcę kredytu w określonej wysokości. W przypadku realizacji zamówienia wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danego przedsięwzięcia finansować z tego źródła. Możliwości finansowe wykonawcy należy badać na płaszczyźnie potencjalnej jego zdolności do wykonania zamówienia, którą to ocenę można oprzeć na dokumencie wystawionym przez bank, w którym potwierdzono możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Wskazać również należy, że informacja wystawiona przez bank jest dokumentem, który nie ma określonej przepisami prawa treści ani nazwy, zatem każdorazowo to bank decyduje w jaki sposób zredagować informacje w nim zawarte. (...) Zauważyć należy, że pojęcie zdolności kredytowej nie jest tożsame z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, lecz stanowi ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania.

Na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazując na przedłożoną przez wykonawcę wybranego opinię bankową odniosła się jedynie do drugiej jej części, w której zawarto sformułowanie „Firma może starać się o kredyt w kwocie 3.000.000,00 PLN. Natomiast Izba całkowicie pominęła pierwszą część przedmiotowej opinii bankowej, w której podniesiono, że wykonawca wybrany jest długoletnim klientem banku, jego dotychczasowa współpraca z bankiem układała się prawidłowo oraz że wykonawca wybrany ze wszystkich zobowiązań wobec banku wywiązuje się terminowo, a nadto, że wykonawca wybrany posiada rachunek bieżący, za pomocą którego rozlicza się w związku z prowadzoną działalnością, na który to rachunek wpływy za okres ostatnich sześciu miesięcy zamknęły się kwotą siedmiocyfrową, a także, że wskazany rachunek nie był i nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi. W ocenie Sądu Okręgowego całkowite pominięcie pierwszej części przedłożonej przez wykonawcę wybranego opinii bankowej nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wyjaśnić bowiem należy, że wniosek banku, iż wykonawca wybrany może ubiegać się o kredyt w kwocie trzech milionów złotych stanowi konsekwencję dokonanej przez ten bank oceny, że wykonawca wybrany jest jego wiarygodnym klientem i będzie zdolny do spłaty przyszłego zobowiązania.

(...) zamawiający nie mógł wymagać i nie wymagał legitymowania się przez wykonawcę promesą kredytu. Z treści złożonej przez wykonawcę wybranego opinii bankowej wynika, że Jan O. ma możliwość uzyskania kredytu w wymaganej przez zamawiającego kwocie, bowiem „może starać się o kredyt w kwocie 3.000.000,00 PLN”. Do wskazanego wniosku bank doszedł po przeanalizowaniu dotychczasowej współpracy z wykonawcą wybranym i dokonaniu oceny, że wykonawca wybrany będzie zdolny do spłaty ewentualnego kredytu. Innymi słowy w treści opinii bankowej wskazano, że wykonawca wybrany takie środki finansowe będzie mógł starać się pozyskać z tego banku; sytuacja finansowa wykonawcy wybranego pozwala mu ubiegać się o kredyt w określonej wysokości.

### **Art. 22 ust. 1b pkt 3**

#### **22. Sygn. akt: KIO 1959/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r.**

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt XII Ga 143/09; niepubl.), przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09), podkreślono, że zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do

realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

### **23. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r.**

W ramach zarzutu oznaczonego jako zarzut 1 lit. f) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby minimum 80% z 25 pojazdów, o których mowa w warunku dotyczącym posiadanego potencjału technicznego, spełniało warunek ekologiczny, czyli było wyposażonych w silniki spełniające normę emisji spalin EURO V lub wyższą lub w silniki zasilane gazem (LPG, CNG) lub w silniki hybrydowe. W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zmienił warunek poprzez zastąpienie powyższej wielkości wielkością 75% z 16 wymaganych pojazdów. Powyższy wymóg Zamawiający uzasadnił kwestiami ekologicznymi. Izba uznała, że w ramach ww. warunku Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych i nie sformułował ww. warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że co najmniej od wyroku TSUE w sprawie C-513/99 *Concordia Bus* przyjmuje się, iż ochrona środowiska jest dobrem samym w sobie, które można i należy brać pod uwagę przy udzielaniu zamówień publicznych, a obecnie kwestie ekologiczne, oprócz m.in. społecznych, stanowią wręcz jeden z priorytetów Unii Europejskiej związanych z zamówieniami publicznymi, wyraźnie i wielokrotnie wskazanych w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, zarówno w preambule, jak i w poszczególnych przepisach. Powyższy wymóg Zamawiającego spełnia także inne warunki odnoszące się do jego poprawności, tj. jest powiązany zarówno z przedmiotem zamówienia, jak i postawionym warunkiem udziału w postępowaniu, dotyczącym posiadanych pojazdów deklarowanych do wykonania zamówienia, a także wnosi wartość dodaną w postaci polepszenia wykonywania usługi poprzez zmniejszenie negatywnego oddziaływania pojazdów na środowisko oraz ich uciążliwości dla mieszkańców.

### **Art. art. 22a**

### **24. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r.**

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad za ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kausalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia i w tym zakresie należy ją badać uwzględniając treść złożonego dokumentu. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego



udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści art. 26 ust. 2b *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.]* („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy *[j.w. – przyp. red.]* stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, a ocena charakteru i wagi tych stosunków, może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

#### **25. Sygn. akt: XXIII Ga 1401/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 listopada 2015 r.**

(...) brak jest jednak też w ocenie Sądu podstaw do wywodzenia, iż tylko szczególny rodzaj umowy/złożone w jakiejś szczególnej formie oświadczenie może rodzić skutek w postaci uznania za udowodnione dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Istotnym jest jedynie, by z treści zaofiarowanych dokumentów wynikało, iż zawarte w nich oświadczenia złożone zostały przez osoby do tego uprawnione oraz, by zawierały jasne i jednoznaczne zobowiązania i treści. Powyższe wynika choćby z samej treści przepisu art. 26 ust. 2c pzp, który wprost stanowi, iż jeżeli wykonawca w pewnych warunkach nie może przedstawić wymaganych dokumentów, może przedstawić inny dokument który „w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku”. Istotną jest zatem treść dokumentów dotyczących – w zakresie wskazanym w przepisach pzp i SIWZ zasobów wykonawcy i podmiotu udostępniającego – a nie forma/nazwa takiego dokumentu.

#### **26. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r.**

Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.]*, musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje, zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

#### **27. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku z dnia 28 lipca 2016 r.**

Dyspozycja art. 26 ust. 2b Pzp *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.]* wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. 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 innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, do jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. (...)

Przepisy te [tj. art. 26 2b, którem aktualnie odpowiada przepis art. 22a – przyp. red.] nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego. Podwykonawcą będzie jednak inny podmiot, także doświadczony w realizacji przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy podziela pogląd Sądu Najwyższego, zaprezentowany w postanowieniu z dnia 7 października 2008 r. (III CZP 87/08), zgodnie z którym posiadanie przez przedsiębiorstwo niezbędnej wiedzy i doświadczenia trzeba rozumieć jako stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Pojęcie to obejmuje także takie składniki przedsiębiorstwa, jak *know-how*, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, *goodwill*, renoma itp. Nie jest przekonująca argumentacja, zgodnie z którą nie da się przenieść na inny podmiot własnego doświadczenia. Przekazanie doświadczenia wiąże się w tym wypadku z udostępnieniem własnych pracowników na potrzeby eksploatacji oczyszczalni. Przekazani zostaną pracownicy dysponujący doświadczeniem w tym zakresie, mający wypracowane i utrwalone schematy prawidłowego i efektywnego postępowania. Nie bez znaczenia jest przy tym możliwość szkoleń i konsultacji. Wykonawca X, mając obowiązek przejścia pracowników, zarządzających dotychczas funkcjonującą oczyszczalnią ścieków, będzie miał wystarczającą wiedzę do podjęcia decyzji o czasie i zakresie niezbędnych szkoleń i doradztwa.

## **28. Sygn. akt: VI Ga 306/16, Wyrok SO w Legnicy z dnia 5 sierpnia 2016 r.**

W ocenie Sądu Okręgowego błędne jest stanowisko skarżącej, że zgodnie z treścią SIWZ wykonawca miał dysponować potencjałem w dniu złożenia oferty jedynie wtedy, gdy nie korzysta z potencjału osoby trzeciej, zaś w przypadku, gdy z takiego potencjału korzysta, to zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p. [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.] wystarczy, że będzie dysponował tym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia. Poleganie na potencjale technicznym, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p. [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.] oznacza, że potencjał ten obiektywnie istnieje, a nie na zapewnieniu, że będzie on istniał w przyszłości. Doktryna i orzecznictwo wskazują, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy na czas, świadczenia usługi swojego potencjału powinno określać zakres dostępnych wykonawcy zasobów, sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę, charakter stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem, a taki zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Przyjmuje się, że złożenie jedynie ogólnego oświadczenia podmiotu trzeciego jest niewystarczające do stwierdzenia że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza oceniła zatem, że zobowiązania firm X oraz Y sp. z o.o. – nie spełniają tak określonych wymagań. Oświadczenia te nie pochodzą od producentów, lecz od pośredników. Nie ma w nich nadto oświadczenia, że podmioty te w dniu składania oświadczenia dysponują wymaganymi zasobami, a więc że pojazdy istnieją i można je zweryfikować, na co wskazuje brak numerów VIN w tych oświadczeniach. Jak wynika z niekwestionowanych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej, na dzień składania oferty podmioty te nie były nawet w stanie wskazać, iż pojazdy te z całą pewnością będą gotowe do świadczenia usługi w wyznaczonej dacie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 491/15, treść zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów, wykonawcy podlega ocenie w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla

wykonawcy w czasie wykonania zamówienia. Zamawiający musi już bowiem na etapie badania ofert dokonać oceny i wybrać tą najbardziej wiarygodną, która da gwarancje należytego wykonania zadania. Tym samym zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy musiał ustalić, czy pomimo braku własnego taboru skarżąca rzeczywiście uzyska wsparcie podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Okoliczności tych zamawiający nie może domniemywać. (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w zaskarżonym wyroku, według którego z treści pisemnych zobowiązań firm X oraz Y sp. z o. o. wynika, że w momencie składania oświadczeń podmioty te nie dysponowały pojazdami, a jedynie deklarowały ich gotowość na 7 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług. Nadto jak wynika z niekwestionowanych ustaleń KIO podmioty te nie były właścicielami autobusów, co do których zobowiązały się, że przeniosą ich własność na skarżącą, co oznacza, iż nie można w konsekwencji uznać, aby dawały one gwarancję rzeczywistego udostępnienia brakujących zasobów, skoro zasobów tych *de facto* nie posiadały. Brak zatem podstaw do uznania przedmiotowych zobowiązań za dowód, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p. [j.w. – przyp. red.]

### Art. 23

#### 29. Sygn. akt: KIO 2169/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem: w odniesieniu do konsorcjum, warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Prawo zamówień publicznych [*faktycznie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 1b pkt 1–3 ustawy Pzp – przyp. red.*], co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego podmiotów tworzących konsorcjum. Jednakże łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do traktowania konsorcjum albo wykonawcy nie mającego doświadczenia lepiej niż wykonawcy indywidualnie ubiegającego się o zamówienie i korzystającego wyłącznie z własnego potencjału. Zasada ta nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający ma się zadowolić „gorszym” wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji dwóch wymaganych usług ochrony fizycznej dla jednostek wojskowych. Ani dyrektywy unijne, ani ustawa Prawo zamówień publicznych, w żaden sposób nie odnoszą się do tego zagadnienia, pozostawiając je interpretacjom i praktyce.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług. Powyższe oznacza, że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku dwukrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej usługi zostało przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, ale dwóch usług. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu.



W ocenie Izby, fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Odwołującego (Konsorcjum). Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy – dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 15**

#### **30. Sygn. akt: KIO 2278/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r.**

Reasumując stwierdzić należy, że za nieuprawnioną należy uznać taką wykładnię przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, która pozwala na wykluczenie podatnika (płatnika) z postępowania w sytuacji, w której co prawda nie zapłacił podatku w przeszłości, ale na moment składania ofert zaległość podatkowa nie występuje, bowiem z woli ustawodawcy zobowiązanie podatkowe wygasło na skutek upływu określonego czasu, a w konsekwencji zaległość podatkowa nie istnieje. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp należało uznać za słuszny.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17**

#### **31. Sygn. akt: KIO 1942/16, KIO 1952/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

Nie ulega wątpliwości składu orzekającego, że owo wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością). Oba te przypadki należy zatem odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji. Przypomnieć również trzeba, że złożeniu nieprawdziwych informacji nie musi towarzyszyć umyślność działania, wystarczy bowiem działanie niedbałe, tj. z pominięciem należytej staranności określanej, w przypadku wykonawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności (zob. art. 355 § 2 K.c.). W kwestii drugiej z przesłanek skład orzekający zauważa, że należy wiązać ją przede wszystkim z uzyskaniem lub możliwością uzyskania zamówienia publicznego w wyniku posłużenia się nieprawdziwymi informacjami.

Okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy dały Izbie podstawy do przyjęcia, że co najmniej w wyniku niedbalstwa (choć brak tłumaczenia istotnego, zdaniem składu orzekającego, fragmentu dokumentu, korespondująca z argumentacją Konsorcjum F o możliwości wprowadzania zmian w treści tabliczki znamionowej przekraczających zakres wynikający z treści nieprzetłumaczonego pouczenia, wskazywać może na działanie intencjonalne), wyrażającego się nieprzetłumaczeniem Certyfikatu MID w pełnym zakresie (zob. str. 116 i 126 oferty Konsorcjum F), Zamawiający został wprowadzony w błąd co do właściwości oferowanych przez Konsorcjum F liczników (zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID).

#### **32. Sygn. akt: KIO 2196/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r.**

Okoliczność realizacji tego samego zamierzenia inwestycyjnego przez dwóch kolejnych wykonawców, pozwala także na uznanie, że każde z zadań wskazanych w poz. 3 i 4 wykazu jest zadaniem odrębnym, świadczonym na podstawie odrębnych umów, zawartych z dwoma różnymi podmiotami o różnych wartościach. W konsekwencji, mimo iż oba zadania (poz. 3 i 4 wykazu) dotyczą tego samego zamierzenia inwestycyjnego, to jednak okoliczność ich rea-

lizacji przez dwóch różnych wykonawców, zawarcie odrębnych umów z różnymi podmiotami pozwala na przyjęcie, że pan Grzegorz K. nabył dwukrotnie doświadczenie przy realizacji inwestycji drogowej. Podkreślić należy, że istotą podkryterium „Specjalista ds. rozliczeń i obmiaru” jest doświadczenie osoby przy pełnieniu funkcji nadzoru nad rozliczeniem zadań przy realizacji inwestycji drogowej niezależnie od tego czy zostało ono nabyte przy realizacji tej samej czy też różnych inwestycji. Za przyjęciem takiego stanowiska Izby przemawia także okoliczność, że skoro inwestycja polegająca na budowie autostrady A2 była realizowana przez dwóch kolejnych wykonawców robót budowlanych – na podstawie dwóch kolejnych umów o zamówienie publiczne – to mogło hipotetycznie dojść do sytuacji, w której funkcję kierownika działu rozliczeń pełniłyby dwie różne osoby. Wówczas każda z tych osób mogłaby wykazać się doświadczeniem przy pełnieniu funkcji specjalisty ds. rozliczeń i obmiaru. Okoliczność, że funkcję tę dwukrotnie sprawował p. Grzegorz K. pozwala na przyjęcie, że nabył on doświadczenie przy rozliczeniu dwóch zadań dotyczących realizacji inwestycji drogowej.

W konsekwencji, nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do kwalifikacji zadań i doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko „Specjalisty ds. rozliczeń i obmiarów”.

### **33. Sygn. akt: KIO 2278/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r.**

Skoro, jak stwierdzono, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem aktualnie nie zalega z opłacaniem podatków, choć istnieje ostateczna decyzja administracyjna o odpowiedzialności podatkowej płatnika Romualda S. za niepobrany podatek dochodowy od osób fizycznych, określająca wysokość należności z tytułu niepobranego podatku dochodowego od osób fizycznych za rok 2010, to zobowiązanie podatkowe wygasło i w konsekwencji zaległość podatkowa przestała istnieć, to tym samym nie ziściły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, a w konsekwencji w tej sytuacji, nie mogły zaistnieć okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu nie mógł bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub zataić informacji, że podlega wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp okazał się trafny.

### **34. Sygn. akt: KIO 2321/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r.**

Odnosnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp – przyp. red] skład orzekający Izby podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować inną informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawierają błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red] statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się zawsze wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik

postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp [j.w. – *przyp. red.*] mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

### **35. Sygn. akt: X Ga 739/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 19 stycznia 2017 r.**

W Prawie zamówień publicznych brak jest szczególnej regulacji dotyczącej pojęcia „wina”, co stosownie do art. 14 Pzp wymaga odwołania się w tej mierze do uregulowań Kodeksu cywilnego. Zdefiniowanie pojęcia winy wymaga uprzedniego ustalenia charakteru odpowiedzialności cywilnej (reżimu), a następnie innych cywilnoprawnych warunków odpowiedzialności za złożenie nieprawdziwych informacji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W nauce prawa dominuje też pogląd, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi rodzaj cywilnoprawnej więzi przedkontraktowej, a naruszenie proceduralne należy rozstrzygać w reżimie odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i nast. k.c.). Z chwilą złożenia oferty przez wykonawcę nawiązuje się tzw. porozumienie przetargowe, a wykonawca staje się zobowiązany do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji. W ramach wykonania tego obowiązku zakazuje się m.in. udzielania nieprawdziwych informacji. Przyjmuje się, że prawo polskie nie modyfikuje odpowiedzialności odszkodowawczej w toku postępowania przetargowego, otwierając drogę do ogólnych reguł kodeksowych (art. 471 k.c.). Wobec tego przy braku modyfikacji podstaw tej odpowiedzialności w porozumieniu przetargowym, uczestnicy odpowiadają co najmniej za niezachowanie należytej staranności. W aspekcie praktycznym szczególnie doniosłe znaczenie dla zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 stawy Pzp – *przyp. red.*] ma kwestia ciężaru dowodu. W reżimie odpowiedzialności kontraktowej to wykonawca jest zobowiązany wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.). Natomiast w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej to wierzyciel (zamawiający), co do zasady, będzie obowiązany udowodnić fakt sprawstwa, noszący znamiona winy, przy czym konieczne jest ustalenie zarówno jej elementu obiektywnego, tj. bezprawności zachowania, jak i elementu subiektywnego w postaci umyślności lub niedbalstwa. W wyrokach sądów okręgowych reprezentowany jest trafny pogląd o obowiązku dokonywania tzw. prounijnej wykładni prawa art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 stawy Pzp – *przyp. red.*] zgodnie z art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy 2014/18/WE. Pozwala to przyjęć, że ww. przepis Prawa zamówień publicznych ogranicza odpowiedzialność wykonawcy do zachowania z winy umyślnej albo poważnego niedbalstwa. Argumentem za przyjęciem takiego stanowiska jest teza 30 wyroku ETS z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.* Trybunał uznał, że pojęcie „winy poważnego wykroczenia zawodowego” należy rozumieć w ten sposób, iż odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy, wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony (tak też: wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2016 r. (...)). To na gruncie prawa krajowego odpowiada zaś pojęciu „rażącego niedbalstwa”. W kon-

sekwencji zwrot „winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą” należy interpretować w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy, wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Biorąc pod uwagę, iż niedopuszczalne jest oznaczenie konsekwencji prawnych zdarzenia na różnych podstawach (mieszanie reżimów prawnych). Sąd Okręgowy w ślad za utrwalającą się linią orzeczniczą przyjął, że złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, winno być oceniane przez pryzmat przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Powyższe ustalenia prowadzą zaś do konstatacji, iż w sytuacji, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – co zostało już dowiedzione na gruncie niniejszej sprawy – to jego obowiązkiem będzie udowodnienie stosownie do treści art. 471 k.c., że zdarzenie to jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Zdaniem Sądu Okręgowego z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy wynika, że skarżący złożył nieprawdziwą informację, odnośnie jednego z postępowań, co do którego – jak sam zresztą w skardze przyznał – miał pełną świadomość, iż nie toczyło się ono w trybie zamówień publicznych, wskazał jednak, że toczyło się ono w takim trybie. W ten sposób wypełnił przesłankę złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik przetargu określoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp [*aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp – przyp. red.*].

### **Art. 24 ust. 1 pkt 19**

#### **36. Sygn. akt: KIO 2228/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r.**

Nie było sporne pomiędzy storami, że X S.A. w B. wspólnie z dwoma innymi współkonsorcjantami wykonał dokumentację projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie ulegało także wątpliwości, że ten sam wykonawca, wspólnie z Y sp. z o.o. w K., złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane w oparciu o tę dokumentację. (...) Zamawiający, który ustali, że ofertę złożył mu wykonawca, który brał bezpośrednio udział w przygotowaniu postępowania, nie może pozostawać bierny, gdyż jest uprawniony do rezygnacji z obowiązku wykluczenia tylko wtedy, gdy ustali, że taka sytuacja nie utrudnia uczciwej konkurencji. To zamawiający zobowiązany jest poczynić ustalenia, co do istnienia przesłanki negatywnej.

Powyższe znajduje przełożenie na rozkład ciężaru dowodu w analizowanej sprawie, w której zamawiający nie zdecydował się na wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który brał udział bezpośrednio w przygotowaniu postępowania, co kwestionował odwołujący. W takiej sytuacji zamawiający powinien w toku procesu umieć udowodnić, w jaki sposób działania podjęte przez takiego wykonawcę i/lub samego zamawiającego doprowadziły do tego, że pomimo, iż jeden z wykonawców przygotowywał dokumenty przetargowe, to jednak reguły równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu zostały zachowane. Izba nie znalazła podstaw do zanegowania twierdzeń zamawiającego, że kształt projektu miał charakter specjalistyczny. Nie neguje także tego, że projekt wymagał przyjęcia pewnych założeń odnośnie sprzętu i urządzeń, jednakże taki charakter projektu nie oznacza jeszcze, że nie został sporządzony w sposób, który faworyzuje przystępującego.

Izba stwierdziła, że na moment wyrokowania nie zostało jednoznacznie dowiedzione, aby udział przystępującego w postępowaniu nie utrudniał uczciwej konkurencji. (...) W tym zakresie zamawiający powinien wezwać przystępującego do udowodnienia, że z uwagi na taki

a nie inny kształt projektu składając ofertę nie znajdował się w korzystniejszej sytuacji do odwołującego, który oświadczył w toku rozprawy, że chce wykonać przedmiot zamówienia w ten sposób, że – po zmianie projektu – wykorzysta większą liczbę wciągarek wolnobieżnych 45t i mniejszą liczbę wciągarek o mniejszym udźwigu, co jednak będzie wymagać przeprojektowania i wiążących się z tym kosztów.

### **Art. 24 ust. 5 pkt 2**

#### **37. Sygn. akt: KIO 2335/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r.**

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż odpadł jeden z zasadniczych elementów stanowiących konstrukcję przesłanki uregulowanej w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, tj. fakt zawinionego działania wykonawcy. Dodatkowo mając na uwadze fakt podpisania przez Zamawiającego z Odwołującym umowy na okres przejściowy (umowa z dnia 13.12.2016 r.) odpadł kolejny element konstytutywny decydujący o zaistnieniu okoliczności umożliwiających wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, tj. podważenie jego rzetelności i uczciwości. Już tylko te okoliczności powodują, że nie tylko mogło dojść do ewentualnego oczyszczenia Odwołującego z postawionych zarzutów, lecz przede wszystkim Zamawiający nie powinien w ogóle rozważać wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała powyższe wyjaśnienia i argumentację Odwołującego za racjonalną, co doprowadziło do uwzględnienia zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp i jednocześnie, z tego samego powodu, do nakazania Zamawiającemu w ramach sentencji dokonania powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Jednocześnie Izba poza podniesionymi zarzutami wskazuje, mając na uwadze przepisy wprowadzone ostatnią nowelizacją, która z racji momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18.10.2016 r. pod numerem 325641) stanowi materialną podstawę prawną przedmiotowego orzeczenia, że każdorazowo podmiot zamawiający przed zastosowaniem przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest zobligowany na mocy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp do umożliwienia przeprowadzenia wykonawcy procedury samooczyszczenia (*self cleaning*), w tym oceny wszystkich okoliczności związanych z tą procedurą oraz w konsekwencji zaniechania wykluczenia, jeżeli przedłożone przez wykonawcę dowody, wskazane okoliczności oraz podjęte działania pozwalają na przyjęcie, że jego rzetelność i uczciwość gwarantują należyte spełnienie świadczenia i jego prawidłowe postępowanie w przyszłości.

Zamawiający zatem nie tylko dokonał automatycznego wykluczenia, nie badając okoliczności faktycznych, które legły u jego podstaw, ale również nie umożliwił zastosowania przez wykonawcę procedury uregulowanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz nie przeprowadził także procedury zmierzającej do dokonania ustaleń w oparciu o art. 24 ust. 9 ustawy Pzp czym naruszył wskazany w odwołaniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **38. Sygn. akt: XII Ga 397/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 22 września 2015 r.**

Zgodnie z tym przepisem, ciężar udowodnienia zasadności wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym, który ma wykazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. To zamawiający zatem winien wykazać, jakie obowiązki spoczywały na wykonawcy oraz w jaki sposób i z jakich przyczyn zostały one naruszone, a zadaniem KIO jest zweryfikować i ocenić, czy ewentualne zaniedbania były zamierzone lub wyniknęły z rażącego niedbalstwa. (...).



Zważyć należy, iż skarżący przez wiele miesięcy podejmowali działania zmierzające do wykonania umów nie twierdząc przy tym, iż świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania, a wręcz przekonywali Zamawiającego, że powstałe trudności zostaną rozwiązane dzięki zastosowaniu modemów PLC nowej generacji. W złożonej ofercie skarżący zaproponowali przepustowość w wysokości 128 kilobitów na sekundę, w stosunku do wymagalnych 64 kilobitów na sekundę. Takie sformułowanie oferty niewątpliwie było świadomym działaniem wykonawcy. Zamawiający nie narzucił skarżącym charakteru technologii (wąskopasmowa, szerokopasmowa), ani jej bardziej szczegółowych cech, pozostawiając wybór w powyższym zakresie decyzji wykonawców ubiegających się o zamówienia. Niemożliwość osiągnięcia zamierzonego rezultatu przy wykorzystaniu technologii zastosowanej przez skarżących, obciąża wyłącznie ich samych. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż skarżący co do umowy nr (...) do czasu odstąpienia przez Zamawiającego, a więc okres 2 lat zaniechali prób jej wykonania. Z kolei umowa nr (...) została rozwiązana porozumieniem z uwagi na niemożliwość jej realizacji ze strony skarżących. Powyższe okoliczności sprawiają, iż postępowanie skarżących należy ocenić jako rażąco odbiegające od miernika zwykłej staranności zawodowej. Przy tym, błędne w ocenie Sądu Okręgowego jest stanowisko skarżących, iż zawinione naruszenie obowiązków zawodowych nie może mieć miejsca przed zawarciem umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu Odwoławczego pojęcie naruszenia obowiązków zawodowych jest szersze aniżeli pojęcie nienależytego wykonania umowy i rozpościera się także na okres przed zawarciem umowy. Złożenie bowiem oferty w postępowaniu o wykonanie umów nr (...) i (...) bez wcześniejszego zbadania i upewnienia się, czy umowy takie będą możliwe do wykonania, stanowi zawinione uchybienie, które wypływa na wiarygodność zawodową skarżących. Oznacza to, iż owa wiarygodność zawodowa może zostać naruszona przed podpisaniem umowy, jeżeli po podpisaniu umowy na jaw wychodzą okoliczności, iż wykonawca nie posiada wystarczających umiejętności do wykonania umowy.

### **Art. 25 ust. 1**

#### **39. Sygn. akt: KIO 1942/16, KIO 1952/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

(...) dokumenty składane przez wykonawcę zagranicznego, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 Rozporządzenia [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), któremu aktualnie odpowiada przepis § 5 ust. 1 pkt 2) i 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.] mają potwierdzać odpowiednio, że nie zalega on z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Uprawiony jest zatem wniosek, że dokumenty przedstawiane przez podmioty zagraniczne mogą, ale nie muszą operować pojęciami, którymi posługują się przepisy krajowe, z czym najwyraźniej ustawodawca liczył, dając temu wyraz przez użycie określenia „odpowiednio”. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca – odsyłając wyraźnie i wprost do dokumentów wystawianych w innych krajach – czyniłby założenie, że w każdym z nich dokumenty te mają treść identyczną z przepisem § 4 ust. 1 Rozporządzenia [aktualnie przepisowi temu odpowiada przepis § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

(Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – *przyp. red.* Logiczny jest wyłącznie wniosek przeciwny, zgodnie z którym wspomniane odesłanie uwzględnia specyfikę właściwego dla danego wykonawcy porządku prawnego.

Po drugie, trzeba powiedzieć, że oświadczenia składane przed notariuszem mające potwierdzać wspomniane powyżej okoliczności, choć są dopuszczalną formą dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak ustępują pierwszeństwa dokumentom wystawianym przez zagraniczne instytucje. Dopiero w sytuacji, w której w kraju miejsca siedziby (zamieszkania) podmiotu zagranicznego nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 Rozporządzenia *Ij.w.* – *przyp. red.*, otwiera się możliwość przedstawienia oświadczenia złożonego przed notariuszem. W ocenie składu orzekającego oświadczenia takie nie mogą również zastępować dokumentów wystawionych przez zagraniczne instytucje, nawet jeśli z ich treści nie wynikają *expressis verbis* okoliczności, na potwierdzenie których składane są dokumenty krajowe, z uwagi na wspomniane odmienności porządków prawnych.

#### **40. Sygn. akt: KIO 2111/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2016 r.**

Odnosząc się szczegółowo do żądania dodatkowego dokumentu – bankowej gwarancji wykonania umowy w wysokości 20% wartości umowy netto, w celu akceptacji przez instytucję współfinansującą projekt, Izba uznała, iż dokument ten nie mieści się w katalogu dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawców. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Ustawy zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zakres rzeczowy wymaganych od wykonawców dokumentów związany być może wyłącznie z potrzebą potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Dokument wprowadzicie został w ogłoszeniu wymieniony, jako dokument żądany dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej, to jednak jego rzeczywistym celem nie była ocena potencjału wykonawcy, a jedynie zabezpieczenie potrzeb zamawiającego związanych z uzyskaniem dofinansowania. Nie jest zatem dokumentem rzeczowo związanym z przeprowadzeniem postępowania, dodatkowo mogącym utrudniać uczciwą konkurencję wśród potencjalnych wykonawców. Przede wszystkim nie jest wiadomym, w jaki sposób Zamawiający będzie kwalifikował przedmiotowy dokument, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia ani kwalifikacjami wykonawców. Wyjaśnienie złożone przez Zamawiającego na rozprawie o tym, iż zapewne wybierze ofertę wykonawcy, który nie załączy dokumentu, lub jeżeli dokument nie uzyska akceptacji KfW [*Kreditanstalt für Wiederaufbau – Niemiecki Państwowy Bank Rozwoju* – *przyp. red.*], mogłoby prowadzić do sprzeciwu innego wykonawcy, który taki dokument zdołałby pozyskać, ponosząc koszty związane z udzieleniem gwarancji jeszcze przed uzyskaniem zamówienia. Izba nie przyjęła jako istotnej dla rozstrzygnięcia informacji zawartej w korespondencji z 17.11.2016 r., a dotyczącej decyzji KfW o potrzebie utrzymania warunku złożenia w ofercie gwarancji należytego wykonania umowy. Przede wszystkim Izba miała na uwadze potrzebę zapewnienia, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z poszanowaniem podstawowych zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Z uwagi na poczynione powyżej ustalenia, wykonawcy nie mogą mieć pewności w jaki sposób ich oferty zostaną ocenione, gdyby dokument nie został złożony (Zamawiający nie mógłby wezwać o jego uzupełnienie), lub nie uzyskał akceptacji. Deklaracja Zamawiającego złożona na rozprawie również potwierdzała niejasność co do możliwej decyzji, co potwierdzało obawy Odwołującego. W ocenie Izby również uzasadnienie jakie prezentował Zamawiający nie dawało podstawy do uznania, iż dokument ten jest niezbędny. Przede wszystkim nie może on decydować o zgodności oferty

z wymaganiami Zamawiającego, jest bowiem dodatkowym zabezpieczeniem, ponad określone przepisami ustawy zabezpieczenie wykonania umowy. Co istotne, nie jest dokumentem wystawianym na rzecz Zamawiającego (tak jak ma to miejsce w przypadku gwarancji wadialnej lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy), ale na rzecz podmiotu trzeciego, który na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma związku z postępowaniem. Stąd, nie może wpływać na decyzję, czy oferta danego wykonawcy może być wybrana, a takiemu celowi może służyć oczekiwanie przez Zamawiającego na akceptację KfW przedłożonych wraz z ofertą dokumentów. Na marginesie należy zauważyć, iż nowelizacja przepisów Ustawy miała prowadzić do uproszczenia dostępu do zamówienia dla wykonawców, przez ograniczenie konieczności składania szeregu dokumentów przez wszystkich zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Temu celowi służyć ma wprowadzenie JEDZ (jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) i żądanie dokumentów potwierdzających oświadczenie od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza. Nie można zatem uznać, aby żądanie od wszystkich zainteresowanych złożenia dokumentu, który zasadniczo nie ma znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej, było niezbędne. Również mało wiarygodnym w świetle przedłożonej umowy o dofinansowanie było stwierdzenie, jakoby jego brak mógł uniemożliwić przeprowadzenie postępowania i dokonanie wyboru oferty wykonawcy, a temu właśnie celowi służyć mają dokumenty żądane w postępowaniu. Skoro jest to dokument związany z zobowiązaniem generalnego wykonawcy, to nie ma przeszkód do tego, aby takie żądanie zostało wprowadzone do treści siwz w ramach klauzuli umownej nakładającej na wykonawcę obowiązek uzyskania stosownej bankowej gwarancji, o treści ustalonej pomiędzy bankiem udzielającym gwarancji, a KfW.

#### **41. Sygn. akt: KIO 2179/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r.**

Niewątpliwie zauważyć należy, iż art. 25a ust. 1 ustawy Pzp stworzył nową grupę dokumentów, dotyczących oświadczenia w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Wymagany dokument ma charakter rozbudowany, odnosi się nie tylko do sytuacji samego wykonawcy, ale także podmiotów trzecich i podwykonawców. Dotyczy on wszystkich wykonawców, którzy zobowiązani są do wypełnienia jednolitego dokumentów już na wstępnym etapie postępowania. W chwili obecnej zaś art. 25 ustawy Pzp dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

#### **Art. 25 ust. 1 pkt 1**

#### **42. Sygn. akt: KIO 2145/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r.**

Wskazać należy, że nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia [*rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.*] wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w składanych dokumentach potwierdzających należyte wykonanie dostawy szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że ze złożonych dokumentów wynikać musi potwierdzenie należytego



wykonania dostawy. Jednocześnie nie zostało określone w rozporządzeniu, że w dokumentach składanych ma zostać użyty zwrot „należycie”, każde sposob wykazania prawidłowości, poprawności, zgodności, kompletności dokonanej dostawy należy uznać za prawidłowy. Oświadczenie dotyczące należytego wykonania dostawy nie musi się sprowadzać do wystawienia referencji, bowiem to tylko jeden ze sposobów potwierdzenia należytego wykonania dostawy. Jak również nie można się zgodzić z tym, że referencja jest wystawiana później niż protokół, nigdzie w obowiązujących przepisach nie ma bowiem zawartej takiej regulacji, która nakazuje bądź zabrania wystawienia referencji w określonym terminie, co prowadzi do wniosku, że może być ona wystawiona również w dniu dostawy. Z obowiązujących przepisów nie wynika również, że referencje musi podpisać osoba uprawniona do reprezentacji odbiorcy dostawy (np. prezes, prokurent), co nie czyni również referencji dokumentem bardziej lub mniej wiarygodnym. Wskazać należy, że ten kto podpisuje protokół odbioru niewątpliwie jest uprawniony do występowania w imieniu odbiorcy dostawy, a bez znaczenia dla sprawy pozostaje to, że jest to szeregowy pracownik odbiorcy.

### **43. Sygn. akt: KIO 2217/16, KIO 2221/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r.**

W niniejszej sprawie, w wyniku wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający otrzymał poprawiony wykaz usług, w którym wykonawca doprecyzował rodzaj wykonanych przewozów (wskazując na przewozy regularne), jednakże wyjaśnienia, które złożył, nie dały odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania. Niezrozumiałe jest zatem, dlaczego Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające, wątpliwości, które istniały w chwili wezwania, pozostały bowiem aktualne także po złożeniu wyjaśnień. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że złożone przez Przystępującego dokumenty uprawdopodobniają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co należy uznać za niewystarczające, Zamawiający zobowiązany jest bowiem ustalić, czy warunek rzeczywiście został spełniony.

Zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231)*], którym aktualnie odpowiada rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) i § 2 ust. 6 tego rozporządzenia – *przyp. red.*] w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 *aktualnie* § 2 ust. 4 pkt 1) oraz pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – *przyp. red.*] budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. W ocenie Izby stan faktyczny, który zaistniał w niniejszym postępowaniu stanowił dla Zamawiającego podstawę do skorzystania z przywołanego przepisu, gdyż wykaz i referencje budzą wątpliwości, które mogły być usunięte przez informacje lub dokumenty przedłożone przez odbiorcę usług. Mimo że przepis ten mówi o możliwości zwrócenia się do podmiotu, na rzecz którego świadczono usługi, to w sytuacji zaistnienia wątpliwości, których nie usunięto w inny sposób, należy to uznać za obowiązek Zamawiającego, który jest zobowiązany należycie ocenić kwestię

spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przeprowadzić to postępowanie w sposób realizujący zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby Zamawiający zaniechał skorzystania z § 1 ust. 5 przywołanego wyżej rozporządzenia. W aktach postępowania znajduje się co prawda pismo z 10 października 2016 r. podpisane przez (...), brak natomiast udokumentowania w formie pisemnej pytań, jakie Zamawiający skierował do ww. osoby. Nie wiadomo więc, o wyjaśnienie (lub udokumentowanie) jakich kwestii zwrócił się Zamawiający, a treść udzielonej odpowiedzi w żadnej mierze nie odnosi się do istniejących w niniejszej sprawie wątpliwości, nie określa zakresu i wartości świadczonych usług, a jedynie w sposób bardzo ogólny potwierdza należyte wykonanie usług. Tymczasem to nie kwestia należytego wykonania usługi jest w tej sprawie sporna, lecz kwestia tego, czy usługa odpowiada swoim zakresem i wartością usłudze wymaganej przez Zamawiającego. W związku z tym fakt przedłożenia przez (...) pisma z 10 października 2016 r. w żaden sposób nie może być uznany za wyczerpanie procedury określonej w § 1 ust. 5 rozporządzenia.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał zastosowania przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W konsekwencji Zamawiający zaniechał rzetelnego ustalenia, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia i czy przedłożone przez niego informacje są prawdziwe, nie ustalił więc istnienia bądź nieistnienia podstaw do wykluczenia Przystępującego, określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 – przyp. red.], w wyniku czego naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu zwrócić się do (...) w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia o przedstawienie informacji lub dokumentów, które pozwolą w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, czy usługa przedstawiona w wykazie odpowiada opisanemu przez Zamawiającego warunkowi wiedzy i doświadczenia.

## Art. 26 ust. 1 i 2

### 44. Sygn. akt: KIO 2249/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że błędne jest rozumowanie zasadzające się na tym, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Posługiwanie się tego rodzaju argumentacją stanowi zaprzeczenie idei nowelizacji, która opiera się na tym, że w przypadku zastosowania procedury odwróconej, wykonawca na etapie składania ofert składa jedynie oświadczenie, które stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że powyższe oświadczenie winno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert.

Dopiero gdy oferta danego wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą to wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oparte o treść art. 26 Pzp, jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów, z tym zastrzeżeniem, że mają one być aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Z powyższego wypływa oczywisty wniosek, że ustawodawca zmienił zasady postępowania w tym zakresie, przez odstąpienie od żądania w toku postępowania (a zatem w praktyce nawet kilka miesięcy po terminie składania ofert) dokumentów aktualnych na dzień składania ofert.

Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w brzmieniu art. 26 ust. 2f ustawy, który stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania

o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. (...)

W ocenie Izby w omawianym zakresie zmiana przepisów Pzp wprowadzona nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. powoduje, iż dla Zamawiającego jest bez znaczenia, czy według stanu na dzień składania ofert wykonawca posiadał dokumenty, potwierdzające że nie podlega on wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Istotnym jest to, że wykonawca obowiązany jest złożyć oświadczenie JEDZ, z którego ma wynikać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z terminem nie późniejszym niż termin składania ofert. Natomiast przedkładane przez zwycięskiego wykonawcę dokumenty, na podstawie art. 26 Pzp, mają być dokumentami aktualnymi na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Co nie oznacza wcale, że nie mogą to być dokumenty wystawione po dacie składania ofert. Wręcz przeciwnie. W opisanej sytuacji wykonawca może posługiwać się dokumentami, odzwierciedlającymi stan po terminie składania ofert, z tym zastrzeżeniem, że dokument pozostawać aktualny w zakresie określonej sytuacji danego wykonawcy. (...) Odnosząc się zaś do argumentacji Odwoływającego, posiłkującego się przepisami Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.*] to Izba zgadza się z Odwoływającym, że w treści ww. rozporządzenia wskazano określone okresy ważności dokumentów, odpowiednio 3 i 6 miesięcy. Jednakże Odwoływający zdaje się nie zauważać, że termin ich ważności zakreślono wstecz, uwzględniając przy tym termin składania ofert. Z powyższego wywieść należy, że ustawodawca ograniczył dolną granicę terminu ważności dokumentów, opisanych w rozporządzeniu, zapobiegając tym samym przedkładaniu przez wykonawców w ramach prowadzonego postępowania dokumentów starszych, wystawionych wcześniej przed terminem składania ofert (odpowiednio: 3 i 6 miesięcy, w zależności od rodzaju dokumentu).

#### **45. Sygn. akt: KIO 2330/16, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2016 r.**

Izba stanęła na stanowisku, że okoliczność niespełnienia warunku przedmiotowego może zostać zbadana i rozstrzygnięta przez Zamawiającego na etapie przewidzianym w pkt. 5.3 SIWZ, to znaczy już po ocenie ofert, w stosunku do wykonawcy najwyższej ocenionej. W takim przypadku Zamawiający będzie zobowiązany dokonać wyjaśnienia czy przedłożone, deklaracje, atesty i oceny techniczne zawierają w sobie potwierdzenia spełnienia warunku odnoszącego się do przepisu § 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych.

Jednocześnie, wymaga podkreślenia, że stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Zdaniem Izby powyższe dokumenty należą do kategorii oświadczeń i dokumentów wymienionych w art. 25 ustawy Pzp potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Jeżeli zatem dokumenty te wymagają uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także ich wyjaśnienia w ramach procedury opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to Zamawiający będzie zobowiązany do jej wdrożenia na końcowym etapie oceny najlepiej sklasyfikowanej oferty.

### **Art. 26 ust. 3 i 3a**

#### **46. Sygn. akt: KIO 1732/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r.**

Odwołujący w sposób wadliwy dokonał kwalifikacji prawnej zaniechań w obszarze czynności związanych z badaniem i oceną jego oferty wskazując w podstawie prawnej art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, które to przepisy nie odnoszą się do oceny treści oferty obejmującej kalkulację ceny ofertowej. Wynikający z przywołanej podstawy prawnej tryb uzupełnienia dokumentów i ich wyjaśniania dotyczy wyłącznie tych oświadczeń lub dokumentów, które wykonawca składa na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także na potwierdzenie zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Ocena kosztorysów pod względem ich kompletności dotyczy ceny i zakresu świadczenia objętego wyceną, a nie dokumentów i oświadczeń składanych w celu potwierdzenia, że przedmiot świadczenia spełnia wymagania zamawiającego. Stąd Izba uznała, iż odwołanie dotyczyło kwestii związanej z zakresem świadczenia wycenianego na podstawie kosztorysów sporządzonych w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego, w tym oceny dopuszczalności poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

#### **47. Sygn. akt: KIO 2167/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r.**

Izba zważyła dodatkowo, że uzupełnione samodzielnie przez wykonawcę dokumenty zawierające błędy przyznane w części przez samego Odwołującego, nie mogą po raz kolejny podlegać uzupełnieniu, gdyż takie uzupełnienie dokumentów naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie jest również możliwe wyjaśnienie tych dokumentów przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż w okolicznościach tej sprawy wymagałoby to *de facto* uzupełnienia w ramach wyjaśnień części danych, co nie jest możliwe, gdyż stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty.

#### **48. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

W konsekwencji brak jest podstaw, aby przyjąć, że obowiązek zamawiającego, polegający na odrzuceniu oferty z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy aktualizuje się dopiero po podjęciu przez zamawiającego próby sanowania wadium, w szczególności – jak chciałby odwołujący – po wezwaniu go przez zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia wyjaśnień co do gwarancji ubezpieczeniowej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **49. Sygn. akt: XXIII Ga 1318/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 2 lutego 2017 r.**

(...) Zamawiający – co jest bezsporne – kwestionował możliwość powoływania się na ww. roboty i oczekiwał wskazania innych inwestycji, których wykonawcą było skarżące konsorcjum, w celu wykazania posiadanego, niezbędnego doświadczenia i jednocześnie spełnienia warunków przetargu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, skarżący nie wniósł odwołania

do Krajowej Izby Odwoławczej na tę obligatoryjną czynność zamawiającego, której zasadność od początku kontestował (także poza sporem) lecz wdał się z nim X w polemikę prawną. Polemika dotyczyła robót nr 1, odnośnie robót nr 2 nie przedstawiono żadnej argumentacji. Abstrahując od zasadności przytaczanych w piśmie argumentów, polemika ta okazała się ostatecznie bezcelowa i bezowocna. Zamawiający nie powinien być adresatem argumentacji prawnej przekonującej o bezzasadności wezwania, lecz wyłącznie właściwym podmiotem była Krajowa Izba Odwoławcza. Tylko ona była uprawniona do ewentualnego zakwestionowania – na skutek prawidłowo wniesionego odwołania – tej decyzji zamawiającego jako błędnej/niezasadnej, a tym samym zbędnej w postępowaniu przetargowym.

Skarżące konsorcjum popełniło więc błąd i skutki tego błędu wyłącznie konsorcjum obciążają. Brak zaskarżenia wezwania i jednocześnie nie przedstawienie jakichkolwiek dokumentów dotyczących innych robót/inwestycji musiał skutkować decyzją zamawiającego X o wykluczeniu tego oferenta, z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeszcze raz trzeba stwierdzić – decyzja zamawiającego znajdowała uzasadnioną podstawę prawną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]

## Art. 29

### 50. Sygn. akt: KIO 1915/16, KIO 1916/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.

Izba uwzględniła trzy zarzuty kierując się następującymi dyrektywami. Pierwsza z nich dotyczy modelu staranności oczekiwanej od zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia polega m.in. na tym, że dokonując zmiany postanowień SIWZ zamawiający usuwa stan niezgodności z prawem tego dokumentu tak, aby postępowanie mogło dalej toczyć się bez przeszkód. Druga zakłada, że zakres swobody zamawiającego wynikającej z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz udzielenia zamówienia przy zastosowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj” nie jest nieograniczony. Wykonawca składając ofertę akceptuje tym samym przewidywane warunki umowy i odpowiednio do nich ustala cenę oferty. Zobowiązanie wykonawcy nie może być zatem kształtowane po zawarciu umowy i zależne od działań lub zaniechań podmiotu, na który wykonawca nie ma wpływu. (...) zamawiający ma prawo oczekiwania świadczenia o wysokich standardach jakościowych. To uprawnienie zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający jako największy inwestor na rynku robót drogowych, realizujący ważne zadania publiczne (działający na rzecz interesu publicznego) nie jest obowiązany dostosowywać się do możliwości wykonawców i tak opisywać przedmiot zamówienia, żeby jego realizacja była dogodna dla wykonawców dotychczas realizujących umowy na rzecz zamawiającego. Przeciwnie, zamawiający może i powinien w ramach swoich uzasadnionych potrzeb kształtować próg wymagań na wyższym poziomie i w ten sposób wyznaczać standardy rynkowe. Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma prawo żądać od wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia o wysokich standardach i parametrach jakościowych. Oczywistym jest, że w przypadku parametru szorstkości nawierzchni (tarcia) znajduje on uzasadnienie w obiektywnych potrzebach nie tylko samego zamawiającego, ale także wszystkich użytkowników dróg. Zamawiający może dążyć do osiągnięcia lepszych niż dotychczas parametrów dróg, szczególnie w sytuacji gdy nie zachodzi obiektywna niemożliwość świadczenia. Zamówienie jest kierowane na rynek europejski, zatem Izba uznała, że ograniczanie się przez odwołującego do wykazywania, że dotychczas w Polsce nie budowano dróg o oczekiwanym standardzie, jest niewystarczające do uznania, że osiągnięcie wymaganych parametrów jest niemożliwe w ogóle, a oczekiwania zamawiającego nie może spełnić żaden wykonawca.



(...) Izba uwzględniła, że wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących zaprojektowania i wykonania robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych na mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp odwołuje się do przepisów kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632 § 1 (*Kodeksu cywilnego – przyp. red.*) stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Z brzmienia powołanego przepisu k.c. jasno wynika, że brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieujęcia wszystkich elementów kosztotowórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zamówienia na wykonanie projektu i robót budowlanych, w którym wykonawcy składający oferty dokonują wyceny oferty mogą wziąć pod rozwagę *de facto* odmienny zakres przedmiotu zamówienia, uzależniony od przyjętego przez nich sposobu wykonania zamówienia wyrażonego w projekcie. Mimo to jest możliwe rzeczywiste porównanie zaofiarowanych cen i dokonanie spośród nich wyboru oferty najkorzystniejszej (oferującej najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny).

Istota wynagrodzenia ryczałtowego polega m.in. na tym, że wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu. Sąd Apelacyjny w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 (orzeczenia.bialysok.sa.gov.pl data dostępu 23 listopada 2016 r.) wskazał, że „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie”.

#### **51. Sygn. akt: KIO 2004/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

Tego typu postanowień SIWZ sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontrowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Innymi słowy, określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp (...).

#### **52. Sygn. akt: KIO 2175/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r.**

Wyłączenie przez zamawiającego możliwości składania ofert równoważnych w zadaniu 17 rażąco narusza art. 29 ust. 2 i 3 Pzp.



Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił konieczności zamówienia produktu leczniczego E., ani tym bardziej w ilości opisanej w zadaniu 17. Z pisma Ministerstwa Zdrowia Departament Polityki Lekowej i Farmacji z 7 lipca 2016 r. wynika, że z 4 programów lekowych (B.33, B.35, B. 36, B. 47) lek E. jako jedyny może być stosowany w ramach programu B.33 do leczenia młodzieńczego idiopatycznego zapalenia stawów oraz przy leczeniu pacjentów w wieku 6–18 w ramach programu B.47. Produkty E. i B. są lekami biodopodobnymi, dla których treść programów lekowych jest identyczna, a różni je wyłącznie wskazanie do ich stosowania pod względem populacji pediatrycznej. (...) Zdaniem Izby stan rzeczy ustalony w toku postępowania wskazuje, że zamawiający powinien określić przedmiot zamówienia w zadaniu 17 i 20 przez określenie nazwy i dawki substancji czynnej (etenerceptum 50 mg), a nie nazwy leku oryginalnego „E.". Nie zostało bowiem wykazane, aby użycie tej nazwy było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ewentualne użycie tej nazwy powinno być powiązane z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych i wskazaniu, kiedy wymagania zamawiającego w zakresie równoważności będą spełnione. Brak tego wskazania narusza bowiem art. 7 ust. 1 Pzp przez pozostawienie wykonawców oferujących rozwiązania równoważne w niepewności co do tego, czy złożone przez nich oferty nie podlegają odrzuceniu. Jest to szczególnie istotne w okolicznościach sporu, gdzie zamawiający uznał zarzut dotyczący braku wskazania parametrów równoważności.

### **53. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.**

Dokonując oceny poprawności opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie można pomijać przyjętej przez zamawiającego formuły wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku ryczałtu, przez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp, zastosowanie znajduje przepis art. 632 § 1 K.c., z którego wynika, że wykonawca nie może żądać od zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. Dowodzi to, że nieujęcie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia nie musi pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp, co jest szczególnie widoczne w przypadku zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, która – wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU – wręcz zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia.

Z wynagrodzeniem ryczałtowym wiąże się obciążające wykonawcę ryzyko wyrażające się koniecznością określenia wynagrodzenia, które później, co do zasady, nie będzie podlegało zmianie. Należy jednak zauważyć, że element ten został pozostawiony całkowitej swobodzie wykonawcy i jest swoistym remedium na nierówność uprawnień i obowiązków stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w której wynagrodzenie ma charakter ryczałtu. Trzeba mieć wreszcie na względzie i ten skutek przyjęcia ryczałtowego modelu wynagradzania wykonawcy, że w sytuacji, gdy wykona on jakieś roboty w zakresie mniejszym niż zakładany na etapie sporządzania oferty, bądź nie wykona jakichś robót w ogóle (choćby z uwagi na ich zbędność dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia ujawnioną na etapie wykonania umowy), to należne mu będzie wynagrodzenie w pierwotnej ustalonej przez niego wysokości.

Co więcej, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przyjmując formułę ryczałtu, którego wysokość – jak wskazano – zasadniczo nie podlega zmianom, przewidział w szeregu postanowień WSK odstępstwa od tej zasady, przyznając wykonawcy uprawnienia do wystąpienia do niego o przedłużenie Czasu na Ukończenie, czy Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (zob. przykładowo Subklauzulę 4.12, czy 13.1 WSK).

Co zaś dotyczy oceny opisu przedmiotu zamówienia przez pryzmat przepisów art. 353<sup>1</sup> K.c. oraz art. 5 K.c. (przez odesłanie zawarte w przepisach art. 14 i 139 Pzp) Izba zwraca uwagę, że samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów. Trzeba mieć bowiem na względzie, że nawet w klasycznych (tj. powstających poza sferą zamówień publicznych) stosunkach cywilnoprawnych faktyczna nierówność stron umowy nie wymaga żadnego uzasadnienia, jeżeli sytuacja taka objęta jest ich zgodną wolą. O ile jednak we wspomnianej powyżej sferze jest to jedynie jedna z ewentualności, o tyle na gruncie zamówień publicznych nierówność stron stanowi regułę, której źródła – czego odwołujący nie biorą niejednokrotnie pod uwagę – upatrywać należy nie tylko w szczególnym statusie zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych, ale również w okoliczności, że co do zasady zamawiający nie ma swobody wyboru kontrahenta, z którym zawrze umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji li tylko stwierdzenie istnienia nieproporcjonalności, czy też obarczenia wykonawcę większością, bądź nawet wszystkimi ryzykami związanymi z realizacją zamówienia, nie jest wystarczające. Konieczne jest wykazanie, że powyższy stan rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z naturą stosunku lub jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązujących przy stosunkach danego rodzaju. Odwołanie które na takie naruszenia nie wskazuje uznać należy jedynie za wyraz dążenia do ukształtowania stosunku obligacyjnego w sposób bardziej korzystny dla odwołującego, co wyklucza możliwość jego uwzględnienia. Należy przy tym pamiętać, że pozycja wykonawcy, nawet w zamówieniach publicznych, nie jest całkowicie przymusowa, tzn. jest on wyłącznie uprawniony do podjęcia decyzji w przedmiocie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto – jak wspomniano – ma swobodę w ustalaniu wysokości wynagrodzenia, które zamierza uzyskać za jego realizację.

#### **54. Sygn. akt: KIO 2217/16, KIO 2221/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r.**

Wyraźnie podkreślić należy, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający zapisy dotyczące zaplecza technicznego w opisie przedmiotu zamówienia zawarł, oznacza to, że wykonując zamówienie wykonawca będzie musiał takim zapleczem dysponować, a niewywiązanie się z tego obowiązku będzie skutkowało odpowiedzialnością kontraktową. Nie oznacza to jednak, że musiał udokumentować dysponowanie tym zapleczem na dzień składania ofert, jak bowiem wyżej wskazano, z opisu warunków udziału w postępowaniu taki obowiązek nie wynikał. Wymóg dysponowania tym zapleczem nie był warunkiem udziału w postępowaniu, a wskazanie adresu tego zaplecza należy uznać wyłącznie za mający walor informacyjny. Skoro nie był to warunek udziału w postępowaniu, to nie można twierdzić, że wykonawcy nie powołali się prawidłowo na zasoby innego podmiotu – art. 26 ust. 2b *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.]* dotyczy bowiem potencjału badanego w ramach opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

#### **55. Sygn. akt: KIO 2284/16, KIO 2290/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Wykonawca kalkulując ceny ofer-

towe, bierze pod uwagę dane podane w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. Reguły te mają zastosowanie również do opisu prawa opcji, które stanowi co prawda instrument gwarantujący elastyczność umowy, jednak wymaga precyzyjnego opisu, umożliwiającego przygotowanie i skalkulowanie oferty. (...)

Na wstępie należy stwierdzić, że w myśl art. 353.1 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tak więc granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Kara umowna przewidziana w art. 484 Kodeksu cywilnego stanowi surogat odszkodowania wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 k.c. Tym samym uzasadnione jest utrzymanie związku pomiędzy wysokością szkody, jaką poniesie Zamawiający, a wysokością kary umownej. Ponadto przy konstruowaniu kar umownych należy mieć na względzie to, że powinny być one stosownie mniejsze w przypadku gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”. W § 5 ust. 3 Projektu Umowy zastrzeżono, że „niezależnie od kar umownych, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy bonifikat określonych w Załączniku nr 1 do Umowy. W załączniku nr 1 do siwz „Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia” przewidziano szereg bonifikat z tytułu niedotrzymania parametrów SLA. Oznacza to, że Wykonawca z tytułu niedotrzymania parametrów SLA poniesie wysokie koszty bonifikaty oraz kary umowne. Tak ukształtowane zasady odpowiedzialności pozostają bez związku ze szkodą, jaką może ponieść Zamawiający, a także prowadzą do złamania zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Skutkiem tego jest zastrzeżenie dwóch kar umownych za to samo działanie wykonawcy. Jeśli zatem, jak było o tym mowa wyżej, kara umowna stanowi surogat odszkodowania, prowadzi to do wniosku, że Zamawiający oprócz odszkodowania w formie kary umownej otrzymuje bonifikatę, tym samym osiąga przychód/zysk z tytułu nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Świadczy to o tym, że zastrzeżenie kar umownych i bonifikaty za te same naruszenia mija się z naturą kar umownych i nie stanowi surogatu odszkodowania, lecz oznacza dodatkowe źródło dochodu dla Zamawiającego. Konsekwentnie należy stwierdzić, że w takiej sytuacji dochodzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego (art. 405 Kodeksu Cywilnego). (...) Zmiana technologii świadczenia usługi w pewnych sytuacjach powoduje utratę tożsamości świadczonej usługi, a tym samym prowadzi do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczeń wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem określonym w ofercie.

Co więcej, wprowadzenie nowych technologii na rynek i możliwość (teoretyczna) ich zastosowania przy realizacji przedmiotu zamówienia nie oznacza, że zmiany treści zawartej umowy w tym zakresie są uzasadnione czy konieczne. Zastosowanie nowych technologii wiąże się z koniecznością poniesienia nakładów finansowych i innych kosztów, związanych m.in. ze zmianą sposobu świadczenia usługi. Tymczasem Zamawiający – modyfikując kwestionowane postanowienie, usunął z zakresu przewidzianych zmian skutki finansowe zastosowania nowych technologii przy realizacji zamówienia. Jak podniesiono wyżej powołując się na stanowiska prezentowane w orzecznictwie i doktrynie, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, przy tym zmian których koszty ponosić będzie wyłącznie Wykonawca.

**56. Sygn. akt: KIO 2357/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r.**

Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że gdyby zamawiający uwzględnił przewożenie odpadów na inne składowisko, to odwołujący miałby inne możliwości skalkulowania kosztów oferty, przykładowo w zakresie kosztów paliwa.

Jasne jest zatem, że odwołujący w istocie próbuje zmienić warunki wykonywania umowy na bardziej korzystne dla siebie, a nie temu służą środki ochrony prawnej. Zdaniem Izby zamawiający uwzględnił wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jednak zdaniem odwołującego nie są one dla niego korzystne.

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp celem wnoszenia odwołania jest usunięcie skutków naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a nie takie ukształtowanie wymagań zamawiającego, aby były one optymalne dla danego wykonawcy z racji warunków prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Obowiązek wykonawcy transportu odpadów od punktu odbioru do składowiska jest taki sam dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

**57. Sygn. akt: XXIII Ga 693/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r.**

Istotą niniejszego sporu było zarzucane naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP, w kontekście zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z treści ust. 2 wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustawodawca w sposób kategoryczny określa wymogi odnośnie opisu przedmiotu zamówienia – a mianowicie opis musi uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na wybór oferty. Nie ma definicji ustawowej opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób obiektywny w tym znaczeniu, żeby nie odzwierciedlał indywidualnych cech konkretnego produktu, w szczególności będącego w ofercie jednego tylko podmiotu. Taki indywidualizujący (nieobiektywny) opis jest z gruntu opisem utrudniającym uczciwą konkurencję, ponieważ z góry zakłada, że faktycznej konkurencji w składaniu ofert po prostu nie będzie.

Obowiązkiem i prawem zamawiającego jest zapewnienie nabycia dóbr uzasadniających jego potrzeby lub potrzeby podmiotów, które zaopatruje oraz jednocześnie udostępnienie zamówienia jak największej liczbie podmiotów mogących ze sobą konkurować w warunkach faktycznych jak na rynku. Jest to istota postępowania o zamówienia publiczne. Celem jego jest natomiast zapewnienie odpowiedniej konkurencji właśnie, w szczególności jeśli zamawiający dysponuje środkami publicznymi.

**58. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r.**

W literaturze i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że zakazane jest dokonywanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, co ma miejsce w okolicznościach mniejszej sprawy. Zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia również w taki sposób, który tylko hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. W chwili obecnej na polskim rynku istnieją dwa podmioty oferujące profesjonalne Systemy Informacji Prawnej: występujące w niniejszym postępowaniu w roli przeciwnika skargi Wydawnictwo X. z o.o. w W. oraz występujący w charakterze interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego Y S.A. w W. Wykluczyć jednocześnie należy udział w procedurze zamówienia publicznego jakiegokolwiek innego podmiotu działającego na rynku Unii Europejskiej, oferującego podobne produkty, z uwagi

na specyfikę zamówienia, która dotyczy polskiego prawa. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który spełnia wyłącznie jeden z tych podmiotów niewątpliwie stanowi naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji. (...) zgodzić należy się ze skarżącym, że wynikający z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zakaz utrudniania uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Nakazuje on jednak – czego skarżący zdaje się nie dostrzegać – dopuścić konkurencję między wykonawcami, mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd też bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie, zaś sam opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Prawdą jest również to, że zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę. Zamawiający może bowiem żądać i oczekiwać od wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych. Jednakże jest tak wyłącznie wówczas, gdy będzie to uzasadnione jego rzeczywistą potrzebą.

### **59. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r.**

Zamawiający, aby nie narazić się na uzasadnione zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych powinien był w opisie przedmiotu zamówienia żądać innych dokumentów do składników interoperacyjności wyprodukowanych w 2015 r. (nie musiały być deklaracje WE) i innych dokumentów do produktów wyprodukowanych w roku 2016 r. (musiały być objęte deklaracją WE). (...)

Zdaniem Sądu Okręgowego trafne także były zarzuty odnoszące się do wadliwego opisu elementów interoperacyjności, tj. podkładów strunobetonowych i systemów przytwierdzeń. W pierwszej kolejności odnosząc się do tych zarzutów, należy wyjaśnić Zamawiającemu konieczność zaakceptowania skutków przeprowadzania przetargu nieograniczonego, jaki miał miejsce w niniejszej sprawie. Oznacza to, że krąg potencjalnych wykonawców nie był zamknięty. Jak sama nazwa wskazuje jest on otwarty/nieograniczony. W konsekwencji stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, iż podkłady PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 są produkowane przez wszystkich producentów w Polsce (w tym Skarżącego), jest bez żadnego prawnego znaczenia. W przetargu bowiem może także startować wykonawca zagraniczny, który nie produkuje takich podkładów lecz dysponuje podkładami równoważnymi. Zaznaczyć przy tym należy, iż nie zostało zaprzeczone w toku postępowania skargowego twierdzenie Skarżącego, iż tylko on posiadał (z pośród wszystkich oferentów) podkłady wyprodukowane w 2016 r. i posiadające deklaracje WE. Zamawiający natomiast niezgodnie z prawem uznał wyłącznie za równoważne podkłady PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1. Innych nie akceptował, to samo dotyczyło systemu przytwierdzeń – tylko SB. Ponadto uważał, że jako zarządca infrastruktury może decydować o zastosowaniu konkretnego modelu składnika interoperacyjności. Nic bardziej mylnego, przywołane przez Zamawiającego procedury i akty prawne w postaci:

- Procedury SMS-PW17;
- Ustawy o transporcie kolejowym;
- Rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 19.03.2007 r. w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem w transporcie kolejowym;

Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie; pozwalają jedynie Zamawiającemu na ustalanie pewnych „standardów” zarządzania infra-



strukturą kolejową, a nie na atorytatywne decydowanie, który model spełnia te wymagania, a który nie. Zamawiający nie ma kompetencji do „certyfikowania” produktów. Może jedynie oceniać czy przedstawiony element spełnia określone wymogi.

### **Art. 29 ust. 3a**

#### **60. Sygn. akt: KIO 2152/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r.**

Skład orzekający nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby czynności polegające na świadczeniu usług opiekuńczych, nie mogły być wykonywane w ramach stosunku pracy zdefiniowanego w sposób określony w art. 22 § 1 kp i nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w tym przepisie. W szczególności można zauważyć w odniesieniu do argumentacji odwołującego, że praca w ramach stosunku pracy w wielu zawodach może i jest wykonywana poza siedzibą pracodawcy, również rozkłady czasu pracy podlegają dostosowaniu do specyfiki pracy, także sposób wykonywania nadzoru i kierownictwa wynika z potrzeb i organizacji pracy prowadzonej przez pracodawcę. W tym kontekście również usługi opiekuńcze mogą być wykonywane w ramach świadczenia pracy. Na możliwość i celowość uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje w szczególności przepis art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt 8a ustawy wprowadzony nowelizacją ustawy pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. poz. 1020).

Rozstrzygnięcie wyroku dotyczące kryterium, którym będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty nazwanym „Kryterium społeczne zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” wynika z faktu, że przepis art. 91 ust. 2 ustawy pzp określający inne niż cena lub koszt kryteria oceny ofert, w tym aspekty społeczne, wskazuje na takie aspekty, jakim są integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Z kolei powołany art. 22 ust. 2 określa możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców zapewniających integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności osoby niepełnosprawne, bezrobotne, pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych mające trudności w integracji ze środowiskiem, osoby z zaburzeniami psychicznymi, osoby bezdomne, osoby o statusie uchodźcy, osoby poniżej i powyżej 50 roku życia, członkowie mniejszości w tym narodowych i etnicznych.

Jakkolwiek wskazania w art. 91 ust. 2, jak i w art. 22 ust. 2 ustawy pzp nie stanowią katalogu enumeratywnego, co wynika z użycia określenia „w szczególności” w ocenie składu orzekającego fakt, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby pozostające w stosunku pracy, a w istocie założenie, że oferta może być oceniana według kryterium liczby zatrudnionych pozostających w stosunku pracy, nie znajduje podstaw w powołanych przepisach ustawy. Należy przy tym wyraźnie zauważyć, co również było w sprawie niniejszej oceniane, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, jako wynikający literalnie z przepisu, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie składu orzekającego nie wskazuje. Istotne jest spostrzeżenie, że opis kryteriów społecznych w art. 22 ustawy pzp wyraźnie wskazuje, że ma się ono odnosić do osób których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, nie zaś polegać samej formie nawiązania stosunku pracy.

#### **61. Sygn. akt: KIO 2280/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r.**

Trzeci z zarzutów odwołania dotyczył sformułowania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania drogi w okresie od roz-



poczęcia świadczenia usług do końca realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i nakazała wykreślenie danego wymogu z OPZ.

Co do zasady Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ten uprawniony jest przy opisie przedmiotu zamówienia do określenia wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jednakże słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na specyfikę wykonywania czynności związanych z obsługą nośników zimowego utrzymania dróg. Są to czynności wykonywane tylko w pewnym okresie roku, zatem utrzymanie całego personelu przez cały okres realizacji zamówienia na pełnym etacie nie znajduje racji bytu. Potwierdza to złożone przez Odwołującego zestawienie zawierające ilości wymaganych jednostek ZUD dla autostrady A1 i A2 pokazujące faktyczne zaangażowanie pracowników w okresie zimowym, które w latach 2014 i 2015 wahało się na poziomie około 10%. Nie do końca jest też tak, jak twierdził Zamawiający, że personel ten w innych porach roku może być oddelegowany do wykonywania innych czynności. Część obowiązków nie może być wykonywana zamiennie, mają one charakter stały (np. patrolowanie), zatem kierowcy nie mogliby znaleźć przy tych czynnościach zatrudnienia. Istnieje także prawdopodobieństwo, że część osób posiadanych odpowiednie uprawnienia do obsługi nośników (np. odpowiednie kategorie uprawnień i prawa jazdy) prowadzi samodzielną działalność gospodarczą i nie zgodzi się na podpisanie umowy o pracę. Z uwagi na powyższe, bez uszczerbku dla prawidłowego wykonania usługi i zaprzeczenia zasadzie promowania przestrzegania przepisów prawa pracy, uznano, że możliwe jest wyłączenie z kręgu osób, dla których zatrudnienie na podstawie umowy o pracę jest obowiązkowe, osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania dróg. W ocenie Izby charakter czynności jakie mają być realizowane przez te osoby nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, która odsyła do treści art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy, tj. istota tych czynności nie powoduje, że mamy do czynienia z koniecznością zawarcia umowy o pracę, dla której charakterystyczne jest wykonywanie określonych czynności pod nadzorem (kierownictwem), w określonym miejscu i czasie realizacji wyznaczonymi przez pracodawcę.

### **Art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. a**

#### **62. Sygn. akt: KIO 2037/16, KIO 2039/16, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r.**

Odwołujący znaczącą część swojej argumentacji oparł na polemice z polską normą PN 95014:1997. Powoływał, że z racji przyjęcia w roku 1983 Polskiej Normy PN 83-C-97023, do której odsyła norma PN-D-95014:97, ta ostatnia nie odpowiada realiom obecnego ustroju gospodarczego, jest przestarzała, a przewidziane w niej parametry dotyczące głębokości pochłaniania i retencji oleju są szkodliwe dla środowiska.

Powołana argumentacja nie ma znaczenia dla rozpoznania odwołania. W granicach kognicji Izby dopuszczalne jest badanie po pierwsze, czy dana norma obowiązuje w polskim porządku prawnym, po drugie, czy jej zastosowanie do opisu wymagań zamawiającego jest prawnie dopuszczalne z uwagi na porządek preferencji wynikający z art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp. W kompetencjach Izby nie mieści się aksjologiczna lub techniczna ocena norm, czy specyfikacji technicznych.

### **Art. 30 ust. 5**

#### **63. Sygn. akt: KIO 1838/16, Wyrok KIO z dnia 11 października 2016 r.**

Ciężar dowodu wykazania równoważności istotnie spoczywa na wykonawcy, który się na nie powołuje, stosownie do postanowień art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże dopuszczenie

równoważności nie może stanowić jedynie wypełnienia nakazu normatywnego. Opis spełnienia równoważności powinien pozostawać sprecyzowany, w taki sposób, aby wskazywać określone granice i przestrzeń, w których mieściłyby się oferty równoważne.

#### **64. Sygn. akt: KIO 2312/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r.**

Jako rozwiązania równoważne, należy rozumieć rozwiązania charakteryzujące się parametrami nie gorszymi od wymaganych, a znajdujących się w dokumentacji. Jeżeli zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji, ale nie podaje minimalnych parametrów, które by tę równoważność potwierdzały – wykonawca obowiązany jest zaoferować produkt o właściwościach zbliżonych, nadający się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania.

#### **Art. 34 ust. 5**

#### **65. Sygn. akt: XXIII Ga 1923/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r.**

(...) przepisy prawa zamówień publicznych oraz zapisy dyrektyw dotyczących udzielenia zamówień publicznych 2004/17/WE i 2004/18/WE nie zawierają definicji legalnej terminu prawo opcji. W doktrynie zaś prawo opcji zostało określone jako przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, zwłaszcza do jego rozszerzenia, np. poprzez skorzystanie z prawa zwiększenia ilości zamawianych towarów. Skorzystanie z prawa opcji w zamówieniach publicznych będzie zatem oznaczało, iż zamawiający każdorazowo będzie określał pewien minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany.

Prawo opcji zostało ujęte w treści art. 34 ust. 5 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Przez pojęcie prawo opcji w rozumieniu ust. 5 art. 34 Pzp, należy uważać wszelkie dodatkowe świadczenia, o których zamawiający na etapie przystępowania do postępowania o zamówienie publiczne ma wiedzę, że w przyszłym czasie będzie chciał je uzyskać od wykonawcy, a co do których na etapie wszczęcia postępowania nie podjął jeszcze decyzji, czy zechce z nich skorzystać. Wartość szacunkową tych świadczeń uwzględnia się przy ustalaniu wartości zamówienia. (...) Zdaniem Sądu Okręgowego brak jest podstaw prawnych do ograniczania możliwości stosowania prawa opcji do usług i dostaw powtarzających się okresowo. (...) W konsekwencji uznać należało, że zamawiający może skorzystać z prawa opcji również w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi mogące być zrealizowane w ramach jednokrotnego świadczenia. (...) Z treści art. 34 ust. 5 Pzp nie wynika wymóg zastosowania prawa opcji do usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Również umiejscowienie prawa opcji w art. 34 Pzp nie oznacza, że zamawiający może zastosować prawo opcji wyłącznie w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powtarzające się okresowo. Zauważyć trzeba, że przepis art. 34 Pzp reguluje zasady ustalania wartości zamówienia i składa się z pięciu ustępów stanowiących odrębne jednostki redakcyjne, zawierające odrębne regulacje, a jedynie ust. 1 i 2 dotyczą usług lub dostaw powtarzających się.

W konsekwencji uznać należało, że zamawiający może skorzystać z prawa opcji również w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi mogące być zrealizowane w ramach jednokrotnego świadczenia. (...) Na tle przedmiotowej sprawy, zauważyć również trzeba, że zakres w jakim zamawiający zastosował prawo opcji (–20%, +15%) nie wskazuje na to, aby zamawiający nadużył przysługującego mu prawa. Innymi

słowy nie sposób uznać, aby prawo opcji zostało zastosowane przez zamawiającego w nadmiernym zakresie, tworząc dysproporcję w zakresie rozkładu uprawnień i obowiązków, czy też dysproporcję ryzyka stron postępowania o udzielenie zamówienia.(...) Opisanie prawa opcji przez procentowe rozszerzenie lub zmniejszenie pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia z wyraźnym wskazaniem, która część stanowi zamówienie pewne, a która opcjonalne jest dopuszczalne i prawidłowe. Należało zatem ocenić, że spełnione zostały wymogi pozwalające na zastosowanie prawa opcji. Zamawiający określił minimalny poziom zamówienia, który zostanie zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty. Wykonawca jest w stanie wyliczyć minimalny jak i maksymalny zakres świadczenia. Wykonawca uzyskał pewność co do udzielenia mu zamówienia na dostawy w liczbie równiej co najmniej 80% liczby wskazanej w pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w każdej części, zaś jego marża, koszty stałe powinny być rozłożone na tę liczbę gwarantowaną. W sferze ryzyka umownego pozostaje potencjalne obniżenie ceny jednostkowej przez wykonawcę przy założeniu, że zamawiający skorzysta z pełnego zakresu umowy lub zwiększy go o dodatkowe 15%.

### Art. 36

#### 66. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.

Następnie, odnosząc się do regulacji obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, należy zauważyć, że w art. 36 ust. 2 pkt 11a Pzp ustawodawca określił, że w przypadku, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej, SIWZ zawiera, w przypadku zamówień na roboty budowlane, wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania.

Z powyższym uprawnieniem zamawiającego związany jest wynikający z przepisu art. 143b ust. 1 Pzp, a ciążyący na wykonawcy, podwykonawcy lub dalszym podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane, obowiązek przedstawienia zamawiającemu projektu umowy na podwykonawstwo robót budowlanych, jeżeli zamierzają oni takową zawrzeć. Dodatkowo, jeżeli inicjatywę w omawianym zakresie przejawia podwykonawca lub dalszy podwykonawca, ma on obowiązek załączyć do projektu umowy zgodę wykonawcy na jej zawarcie w brzmieniu wynikającym z treści projektu. W takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego, w świetle przepisu art. 143b ust. 3 Pzp, jest zgłoszenie w określonym terminie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, która: (1) nie spełnia wymogów określonych postanowieniami SIWZ lub (2) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w art. 143b ust. 2 Pzp. Już chociażby ze wspomnianego odesłania wynika, w przekonaniu składu orzekającego, jednoznacznie, że zamawiający ma prawo określić skonkretyzowane postanowienia jakie mają zostać zawarte w umowie o podwykonawstwo.

Izba podkreśla w tym miejscu, że podziela wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, że przepis art. 143b ust. 3 Pzp przewiduje dwie odrębne przesłanki odmowy zaakceptowania przez zamawiającego wzoru umowy o podwykonawstwo. Jedna z nich, określona w art. 143 ust. 3 pkt 2 Pzp, ma charakter obligatoryjny, związany z naruszeniem przepisu art. 143b ust. 2 Pzp, natomiast druga 9 art. 143b ust. 3 pkt 1 Pzp) – fakultatywny (zależny od woli zamawiającego, co wynika z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a *in fine* Pzp). Istotne jest jednak, że druga z ww. przesłanek związana jest z uprawnieniem zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych, zatem – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wykracza poza gwarancyjną rolę zamawiającego w odniesieniu do wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Na marginesie można zauważyć jaki jest stosunek komentowanych regulacji K.c. i Pzp. Zgodnie z art. 143c ust. 8 Pzp przepisy art. 143a – 143d Pzp nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup> K.c. W ocenie Izby powyższe przepisy określają zatem procedurę postępowania przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane w sytuacji korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa w zakresie ustalania kręgu podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz procedurę bezpośredniej wypłaty przez zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom w przypadku, gdy od zapłaty tego wynagrodzenia uchyła się wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca. W konsekwencji Izba stanęła na stanowisku, że przepisy Pzp w sposób jednoznaczny i całościowy regulują podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów, występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo oraz sankcji jaka może dotknąć wykonawcę z powodu niedochowania przewidzianej w nich procedury.

Podsumowując, z zestawienia powyższych regulacji wynika prawo zamawiającego do określenia zasad zawierania umów o podwykonawstwo bez wskazania na dopuszczalny zakres tego uprawnienia. Jego ograniczeń nie sposób upatrywać – jak chciał tego Odwołujący – w uzasadnieniu do projektu nowelizacji Pzp, na mocy której wprowadzono omówione powyżej przepisy. W jej treści znalazło się wprawdzie stwierdzenie, że kwestie relacji prawnych pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą, czy podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą powinny być kształtowane z uwzględnieniem zasady swobody umów, niemniej jednak z zastrzeżeniem, że powyższe obowiązuje jedynie co do zasady. Oznacza to, że nie jest to bezwzględnie obowiązująca reguła i – w ocenie składu orzekającego – sytuacją, w której nie znajdzie zastosowania będzie skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia do określenia wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych, zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp. Co więcej, we wspomnianym uzasadnieniu do projektu nowelizacji wskazano na istotne przyczyny wyposażenia zamawiającego w taką kompetencję, związane z wpływem relacji prawnych pomiędzy uczestnikami procesu inwestycyjnego (wykonawców – podwykonawców – dalszych podwykonawców) na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych. Stwierdzono w nim wprost, że „zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.” (zob. uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm RP VII kadencji, nr druku 1179, (...)).

Co jednak najistotniejsze ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie zamawiającego w korzystaniu z powyższego uprawnienia, limitując je chociażby, zgodnie z intencją Odwołującego, do umożliwienia mu wpływu na postanowienia umów o podwykonawstwo w zakresie, w jakim dotyczą solidarnej odpowiedzialności zamawiającego wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 K.c. Powyższe nie może wprawdzie uzasadniać wniosku, że prawo zamawiającego do kształtowania omawianych stosunków prawnych jest niczym nieskrępowane, ponieważ jego granice stanowiąc będą bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Izba jest jednak zdania, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonując uprawnienie wynikające z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, zamawiający kształtował prawa i obowiązki strony umowy o podwykonawstwo w zakresie regulowanym sferą przepisów o charakterze dyspozytywnym, wybierając

niejako za strony umowy określone rozwiązania. Należy się wprawdzie zgodzić z Odwołującym, że stanowi to ingerencję w swobodę kontraktowania, jednakże odbywa się ona za przyzwoleniem ustawodawcy, który – jak wspomniano – pozostawił zamawiającemu swobodę w określeniu wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, która służyć ma urzeczywistnieniu celów wzmiankowanej wcześniej nowelizacji Pzp.

Powyższy wywód nie pozostawał bez wpływu na uznanie bezzasadności przedmiotowego zarzutu, jako że Odwołujący tylko w przypadku jednego zakazanego przez Zamawiającego postanowienia umownego (lit. n) powołał się na przepis bezwzględnie obowiązujący (art. 505 pkt 4 K.c.), w pozostałym zakresie argumentując zasadniczo, że wymienione klauzule uznane przez Zamawiającego za niedozwolone dotyczą sfery objętej swobodą umów. Z kolei w przypadku wspomnianego wyjątku skład orzekający zwrócił uwagę, że odsyła on do przepisów szczególnych wyłączających potrącenie, których wskazania próżno szukać w treści odwołania.

### Art. 36a

#### 67. Sygn. akt: KIO 1954/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r.

(...) dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp niezbędne jest wskazanie jasnego postanowienia SIWZ, z którym oferta wykonawcy jest niezgodna.

W aspekcie podwykonawstwa zamawiający w SIWZ żądał od wykonawców jedynie informacji, czy wykonawca sam wykona umowę, czy posłuży się podwykonawcą. Zamawiający nie wskazał, ani kluczowych części zamówienia, ani też nie zastrzegł w żaden sposób, że oczekuje osobistego świadczenia przez wykonawcę jakichkolwiek czynności składających się na przedmiot zamówienia.

W tym stanie rzeczy nie sposób twierdzić, że deklaracja samodzielnego wykonania zamówienia – mimo, że składana była w Formularzu oferty – miała charakter inny niż informacyjny. W ocenie Izby o dopuszczalności podwykonawstwa, a tym samym i zmianie deklaracji wykonawcy w tym zakresie po złożeniu oferty, decydują postanowienia SIWZ uwzględniające przepisy Prawa zamówień publicznych oraz właściwość danego stosunku umownego. Skoro zamawiający nie oczekuje osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę (nie zastrzegł tego przy opisywaniu przedmiotu zamówienia ani we wzorze umowy) a prawidłowe wykonanie danej umowy nie zależy od indywidualnych właściwości wykonawcy, deklaracja co do skorzystania z podwykonawstwa lub zakresu podwykonawstwa nie ma charakteru definitywnego.

### Art. 38

#### 68. Sygn. akt: KIO 2060/16, KIO 2100/16, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r.

Reasumując powyższe stanowisko Izby w zakresie podniesionych w odwołaniach zarzutów zwrócić uwagę należy także na kwestię, że jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do treści postanowień SIWZ, co niewątpliwie sugeruje w odwołaniach, to winien był wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Wskazać należy iż kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, straciły na ostrości prezentowane poglądy, iż wątpliwości wynikające z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinny obciążać zawsze stronę, która ten SIWZ zredagowała czyli Zamawiającego



(co wielokrotnie podnosił Odwołujący). Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem Sądu Najwyższego art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego daje nie tylko wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie, uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ, celem właściwego przygotowania oferty.

### **69. Sygn. akt: X Ga 739/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 19 stycznia 2017 r.**

(...) spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia, czy niespełnienie warunku przez skarżącego, było wynikiem błędnej interpretacji warunku, ujętego w rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2 spowodowanej niejednoznacznym brzmieniem tego zapisu, czy też stanowiło celowe wprowadzenie w błąd zamawiającego. (...) W tym miejscu należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołania wykonawców, wniesione w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, związana jest treścią SIWZ, a także treścią wyjaśnień oraz odpowiedzi na pytania wykonawców, które zostały udzielone przez zamawiającego. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednakże nie później, niż w terminach wskazanych w tym przepisie. Z powyższej regulacji, jak również ugruntowanej praktyki, dotyczącej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w żaden sposób nie wynika, aby instytucja zapytań do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczona była jedynie do jej części, tj. opisu przedmiotu zamówienia, co w sposób nieuprawniony wywiódł skarżący. Nieuzasadnione było także – zdaniem Sądu Odwoławczego – twierdzenie skarżącego, jakoby w drodze udzielenia odpowiedzi na pytanie, zamawiający dokonał zmiany warunków zamówienia, która skutkowałą modyfikacją warunku udziału w postępowaniu przetargowym. (...) Podkreślenia wymaga też okoliczność, iż nie każde wyjaśnienie treści warunku stanowi jego zmianę, a w szczególności nie jest nią interpretacja warunku, co wielokrotnie podkreślała KIO w bogatym orzecznictwie, m.in. w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 672/13 (...), wskazując, iż interpretacje podanych warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia mają charakter wiążący, mimo tego że nie wymagają zmian ogłoszenia. Z kolei w przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegóławiają znajdujące się tam postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji, czy nie publikować zmian w ogłoszeniu (tak też: wyrok KIO/UZP 917/10, (...)).

W tym miejscu wypada także dodać, że jeżeli skarżący miał wątpliwości, co do znaczenia samego użytego pojęcia: „w reżimie Pzp”, ujętego w SIWZ, to mógł on wystąpić z własnym zapytaniem do zamawiającego, aby upewnić się, czy chodzi w nim o procedurę z ustawy Prawo zamówień publicznych, czy także każde inne postępowanie przetargowe. Zdaniem Sądu II instancji skarżący nie sformułował jednak takiego pytania, bowiem użyte określenie „w reżimie Pzp” jest całkowicie jasne i powszechnie używane, tym bardziej zaś musi być ono znane i zrozumiałe dla podmiotów i konsorcjów startujących w różnorodnych przetargach, do których niewątpliwie należy odwołujący się i oznacza ono reżim ustawy Prawo Zamówień Publicznych jako rozwinięcie skrótu powszechnie znanego i używanego. Użycie tego skrótu



nie budzi więc uzasadnionych wątpliwości interpretacyjnych Sądu II instancji, tak jak i nie budziło takich wątpliwości u KIO, co znalazło potwierdzenie w obszernym i przekonującym pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Zdaniem Sądu Okręgowego kwestia wykładni tego sformułowania i całego warunku ujętego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2, została sformułowana na potrzeby niniejszego postępowania w celu wykazania przez skarżącego, iż nie działał on celowo, by wpłynąć na wynik postępowania przetargowego poprzez złożenie informacji nieprawdziwych.

### **Art. 45 ust. 3**

#### **70. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Tak jak w przypadku wadium wniesionego w kwocie niższej niż żądana przez zamawiającego oczywistym jest uznanie za niedopuszczalne uzupełnienia tego wadium, poprzez dokonanie „wplaty uzupełniającej” po upływie terminu składania ofert, tak w odniesieniu do wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej za niedopuszczalne należy uznać jego uzupełnienie, poprzez doręczenie zamawiającemu czy to nowego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, czy to dokumentu w postaci aneksu do uprzednio złożonej (przed terminem składania ofert) gwarancji ubezpieczeniowej.

Odmienne traktowanie różnych form wadium, składanych w tym samym celu i „równoważnych” (ustawowo dopuszczonych – art. 45 ust. 6 ustawy Pzp) stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno bowiem zaakceptować stanowisko, iż zakres uprawnień wykonawcy składającego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest szerszy niż wykonawcy składającego wadium w innej, zgodnej z ustawą formie.

### **Art. 46 ust. 4a**

#### **71. Sygn. akt: KIO 2179/16, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r.**

W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium – tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent – gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium.

Co do możliwości dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść złożonej gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, co zresztą Odwołujący sam przyznawał. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń

woli nie może służyć uzupełnieniu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł.

### **Art. 67 ust. 1 pkt 6**

#### **72. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r.**

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp w brzmieniu znajdującym zastosowanie w sprawie, a to sprzed dnia 28.07.2016 r. stanowił, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. (...) W ocenie Sądu Okręgowego skarżący X sp. z o.o. ostatecznie wykazał, iż zamówienie uzupełniające nie było zgodne z zamówieniem podstawowym, tym samym nie ziszcili się przesłanki zezwalające na zamówienie z wolnej ręki. Do powyższych wniosków prowadzi porównanie i ocena treści ogłoszenia i opisu zamówienia głównego oraz zamówienia uzupełniającego. (...) Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż o braku związku nie świadczy sam fakt, iż przedmiot zamówienia uzupełniającego znajduje się gdzie indziej niż zamówienia podstawowego. Nadal jednak zamawiający winien wykazać, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki /art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp/ był częścią szerszego projektu, którego zakres obejmuje lub w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe dotyczące konkretnego odcinka autostrady.

Sąd Okręgowy zgadza się ze stanowiskiem, że zamówienie podstawowe pomimo zbieżności prac wykonywanych w tym zamówieniu nie wypełnia przesłanek wiążących zamówienie podstawowe z uzupełniającym. Inaczej mówiąc, aby było zgodne z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia.

Zamawiający nie podał żadnego tożsamego projektu, zgodnie z którym było realizowane tak zamówienie podstawowe jak i „uzupełniające”. O powyższym nie przesądza to, że obu zamówień udzielono przy zastosowaniu ustalonego przez zamawiającego celem ujednoczenia zasad utrzymania dróg autostrad dla całego kraju, systemu „Utrzymaj Standard”. Stosowanie jednolitego systemu utrzymywania autostrad, będąc działaniem racjonalnym i z oczywistych względów pożądanym, nie wyklucza samo w sobie udzielania przy zastosowaniu tego systemu zleceń, na poszczególne jej odcinki w ramach odrębnych, nie pozostających ze sobą w związku zamówień. Innymi słowy zastosowanie tego systemu i jego wskazanie w zamówieniu podstawowym oraz uzupełniającym samo w sobie, nie przesądza o zgodności w przedmiotowej sprawie zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. (...)

W konsekwencji powyższych rozważań zasadnym jest przyjęcie, że zamówienie uzupełniające w zakresie kolejnego odcinka od węzła Rzeszów (bez węzła) do węzła Jarosław Zachód (bez węzła) winno, jako niezwiązane z zamówieniem podstawowym i będące nowym zamówieniem, zostać udzielone w trybie konkurencyjnym.

Sąd nie neguje co do zasady tezy, iż jako że autostrada A4 stanowi funkcjonalną całość, byłoby racjonalnym utrzymanie jej w jednolitym systemie, tak co do standardu jak i organizacyjnym, a co ułatwiłoby powierzenie jej utrzymania w całości jednemu wykonawcy. Jednak powyższe nie znosi obowiązku zamawiającego przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych, tak aby nie doszło do naruszania zasad konkurencyjności.

**Art. 85****73. Sygn. akt: XXIII Ga 729/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r.**

Na aprobatę zasługiwało stanowisko skarżącego, że nie doszło do skutecznego przedłużenia przez przeciwnika skargi – konsorcjum okresu związania ofertą. Oczywistym jest, że jeżeli przedłużenie miało być skuteczne, to musiało nastąpić przed upływem terminu związania ofertą.

**74. Sygn. akt: X Ga 40/16/za, Wyrok SO w Gliwicach z 3 czerwca 2016 r.**

Przechodząc dalej do rozważenia okoliczności istotnych dla rozpoznania skargi należy wskazać, że w niniejszej sprawie najbardziej problematyczne były 2 zagadnienia. Pierwsze dotyczące wykładni przepisów Pzp w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po jego upływie i drugi dotyczący możliwości zastosowania artykułu 115 Kodeksu cywilnego do upływu terminu związania ofertą. Jeżeli chodzi o pierwszy ze wskazanych problemów, to Sąd podziela tutaj pogląd wyrażony przez KIO w zaskarżonym wyroku, że po upływie terminu związania ofertą nie jest możliwe przedłużenie tego terminu. W ocenie Sądu Okręgowego za oczywiste należy uznać, że z samej istoty pojęcia przedłużenie wynika, że termin przedłużany nie może upłynąć w chwili jego przedłużenia. Przedłużyć można bowiem jedynie okres, który jeszcze trwa, który jeszcze nie upłynął. W przypadku zaś upływu terminu mowa byłaby raczej o jego przywróceniu lub reaktywacji. Sama wykładnia językowa omawianego przepisu w sposób zasadniczy wspiera więc stanowisko zajęte przez Izbę. W tym zakresie wskazać dalej należy, że również głosy doktryny jak i orzecznictwa, aczkolwiek to trzeba podkreślić, że niejednolicie, wspierają to stanowisko. I tak wskazuje się, że przedłużenie terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy na wniosek zamawiającego możliwe jest tylko w okresie obowiązywania tego związania. (...) Uznaje przy tym Sąd, że oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą musi być wyraźne i musi być złożone na piśmie. W szczególności takie oświadczenie nie może być dorozumiane, w tym nie może być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium, a tym bardziej z okoliczności, że termin ważności wadium upływa później niż termin związania ofertą. Takiemu wnioskowaniu przeczy zarówno odmienny zakres obu instytucji, jak i treść przepisu artykułu 24 ustęp 2 punkt 2 *[aktualnie przepisowa temu odpowiada art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp – przyp. red.]* w związku z artykułem 85 ustęp 2 Pzp. Obie te instytucje, to jest związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium, pozostają ze sobą i powiązane w ten sposób, że nie jest wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą. Dlatego nie można uznać, że skutki wydłużenia ważności wadium rozciągają się na wydłużenie terminu związania ofertą. Uznaje Sąd dalej, że przedłużenie terminu związania ofertą lub wyrażenie zgody na takie przedłużenie, jest oświadczeniem woli, dlatego też musi być złożone przez osoby uprawnione do działania w imieniu wykonawcy. Musi też być jednoznacznie wyrażone w formie pisemnej lub innej dopuszczalnej przez zamawiającego na mocy artykułu 27 ustęp 1 Pzp *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 18 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.]*. Dlatego brak działania ze strony wykonawcy, czy to samodzielnego, czy po otrzymaniu wniosku od zamawiającego, oznacza nie przedłużenie terminu związania ofertą. (...) Przechodząc dalej i odnosząc się do kolejnego zarzutu skarżącego należy wskazać, że zgodnie z artykułem 111 paragraf 1 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Dlatego jeżeli termin związania ofertą upływał w dniu 3 grudnia 2015 roku to z upływem tego dnia się skończył i wykonawca nie był już związany swoją ofertą. Tym samym oświadczenie złożone w dniu 14 grudnia 2015 roku było złożone po upływie terminu i nie mogło odnieść skutku przedłużenia terminu związania ofertą, który już wcześniej uległ zakończeniu, upłynął. (...) Przechodząc dalej należy wskazać, że pozostaje do rozważenia druga wskazana wcześniej okoliczność, czyli ocena możliwości zastosowania artyku-

tu 115 kc do przedłużenia terminu związania ofertą. I w tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd wyrażony (...) w komentarzy Prawo zamówień publicznych (...) o braku możliwości zastosowania przepisu artykułu 115 kc do pływ termin związania ofertą. (...) Przede wszystkim wskazać trzeba, (...) że artykuł 115 Kodeksu cywilnego stanowi, iż jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy termin, termin upływa dnia następnego. Jak więc wprost wynika z tego przepisu dotyczy on jedynie terminu do wykonania czynności. Jest przy tym oczywiste, że chodzi tutaj o każdą czynność czy to materialno-prawną czy procesową, czy nawet czynność faktyczną, co jednak najistotniejsze dla zastosowania tego przepisu konieczne jest to, aby mowa była o terminie do wykonania czynności a nie sytuacji czasowego orzeczenia stosunków prawnych. Wyraźnie bowiem w przepisie mowa o terminie do wykonania czynności. Szukając analogii celem wyjaśnienia tego problemu wskazać należy na przykład na to, że przyjmuje się w doktrynie, że jeżeli strony wiąże umowa najmu zawarta na czas określony stosunek ten wygaśnie z upływem ostatniego dnia ustalonego terminu także wtedy, gdy będzie to dzień uznany za ustawowo wolny od pracy.

### **Art. 86 ust. 2**

#### **75. Sygn. akt: KIO 2303/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r.**

Izba nie nakazała dokonania czynności zaniechanej uznając, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, faktyczną, której powtórzenie nie jest możliwe. Słusznie zauważył Zamawiający, iż otwarcie ofert nie zawiera się wyłącznie w czynności technicznego otwarcia oferty i jej odczytania w wymaganym przepisami zakresie, ale również stanowi sformalizowaną procedurę, wymagającą zachowania warunków ustalonych wcześniej i znanych ogółowi podmiotów zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Przede wszystkim jest czynnością, co do której ustawodawca wymaga, aby odbyła się w ściśle określonym przedziale czasowym, tj. bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, w dniu, w którym upłynął termin na składanie ofert (art. 86 ust. 2 Ustawy). Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, iż otwarcie ofert odbędzie się o godzinie 10:15 w dniu 28.11.2016 r. i czynności tej dokonał, ale z pominięciem oferty Odwołującego. W ocenie Izby nie byłoby możliwym otworzenie oferty Odwołującego z poszanowaniem wymogów ustawowych co do sposobu przeprowadzenia tej czynności w miejscu i terminie ustalonym w ogłoszeniu. Obecną sytuację można przyrównać do tej jaka powstaje w postępowaniu po otwarciu ofert, kiedy to Zamawiający nie ma już możliwości skutecznej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu. Otwarcie ofert stanowi rodzaj kamienia milowego w postępowaniu, co do którego zachowane winny być warunki jawności i przejrzystości, tak aby wyniki podejmowanych w toku oceny ofert czynności nie budziły wątpliwości co do ich prawidłowości. Skoro wymogiem ustawowym, od którego nie przewiduje się odstępstw, jest otwarcie oferty w dniu, w którym upłynął termin na składanie ofert, to Izba nie ma kompetencji do nakazania dokonania czynności z naruszeniem Ustawy. Takim naruszeniem byłoby niewątpliwie otwarcie oferty Odwołującego w innym dniu niż 28.11.2016 r. W świetle powyższego Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała Zamawiającemu dokonania czynności zaniechanej, której podjęcie nie jest faktycznie możliwe w innym dniu niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

### **Art. 87 ust. 1**

#### **76. Sygn. akt: KIO 1990/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r.**

W przedmiotowej sprawie Zamawiający słusznie wystąpił do wykonawcy Przystępującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień w części dotyczącej zakresu podwykonawstwa

przy wykonywaniu prac. Zgodzić można się z Odwołującym, iż zastosowana podstawa prawna wezwania (art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp) była niewłaściwa, to powyższe nie mogło zadecydować o uwzględnieniu odwołania. Dostrzeżenia wymaga, iż wezwanie o wyjaśnienie treści formularza ofertowego i formularza „Potencjał” powinno odwoływać się do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zastosowanie nieprawidłowej podstawy prawnej wezwania stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym. Taka sytuacja nie oznacza jednak, że Zamawiający nie mógł przy ocenie oferty brać pod uwagę otrzymanych wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia nie stały w sprzeczności zarówno z treścią oferty, jak też treścią SIWZ. W ocenie Izby wystosowanie wezwania i złożone wyjaśnienia nie miały charakteru negocjacyjnego i nie doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty. Wyjaśnienia doprecyzowały w jakim zakresie (dopuszczonym przez postanowienia SIWZ) Przystępujący korzystał będzie z pomocy podwykonawców przy realizacji prac. Ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że wykonawca już po złożeniu oferty zmienił lub zmodyfikował swoje pierwotne oświadczenie będące częścią treści oferty.

W ocenie Izby z wyjaśnień wynika, że w przypadku branży architektura i konstrukcja (zastrzeżonej przez Zamawiającego w zdecydowanej większości do osobistego wykonania). Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom prace w dopuszczonym zakresie, to jest w zakresie prac związanych z małą architekturą i urządzeniami dźwigowymi. Niejasność obu oświadczeń Przystępującego znajdujących się na dwóch formularzach składających się na ofertę mogła wynikać z posługiwania się w przypadku formularza ofertowego nomenklaturą branży wynikającą z dokumentacji projektowej, natomiast w przypadku formularza „Potencjał” z powtórzenia na formularzu tabelarycznego zapisu punktu 4.2. SIWZ. Wskazanie w formularzu ofertowym, że prace w branży architektura i konstrukcja Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom, przy jednoczesnym określeniu w innym miejscu oferty, że prace w branży architektura i konstrukcja z wyłączeniem małej architektury i urządzeń dźwigowych wykonywane będą samodzielnie niewątpliwie w ocenie Izby wymagało wyjaśnienia. Jak już zauważono w uzasadnieniu orzeczenia, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie stanowiły zmiany treści pierwotnej oferty, nie mogły więc spowodować konieczności odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wyjaśnienia były ze sobą spójne, wskazywały, że w zakresie dopuszczalnym w przypadku branży określonej jako „architektura i konstrukcja” Przystępujący prace związane z małą architekturą i urządzeniami dźwigowymi powierzy podwykonawcom, natomiast wszelkie inne roboty w danej branży wykonywał będzie samodzielnie. Zdaniem składu orzekającego Izby nie doszło do zmiany treści oferty, co najwyżej do doprecyzowania zakresu prac, przy których uczestniczyli będą podwykonawcy. Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, nawet po złożeniu dodatkowych wyjaśnień, nadal istnieje, ponieważ Zamawiający nie dokonał żadnych poprawek w ofercie. W ocenie Izby takie działania Zamawiającego nie były konieczne. Formularz ofertowy nie wymagał modyfikacji treści oświadczenia woli Przystępującego. Co więcej, Odwołujący nie określił w jaki sposób poprawa formularza miałyby się odbyć lub też dlaczego takie działanie uznać należy za niedopuszczalne. Na rozprawie Zamawiający słusznie zauważył, że wykonawcy w ofertach w różny sposób określali zakres prac podwykonawców, posługując się nazwami branż, określając szczegółowo roboty, podając nazwy części z dokumentacji projektowej. Nie było więc jednego, uniwersalnego wzoru, który należało zastosować i według którego należało oceniać adekwatność treści oferty do treści SIWZ. Zdaniem Izby Zamawiający słusznie dopytał o intencje wykonawcy w zakresie określeń użytych w formularzu ofertowym, a skoro intencje te odpowiadały zapisom punktu 4.2. SIWZ, prawidłowo



oceniono zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Nie zachodziła konieczność podjęcia dodatkowych czynności ze strony Zamawiającego w odniesieniu do treści oferty.

### **77. Sygn. akt: KIO 2023/16, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r.**

Skoro więc informacja o szczegółowych rozwiązaniach zastosowanych w urzędzeniu nie była treścią oferty, to podanie w wyjaśnieniach powyższej informacji nie mogło prowadzić do zmiany tej oferty. Wyjaśnienia doprowadziły jedynie do rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do spełniania wymagania z punktu 5.1 załącznika nr 1a do SIWZ, co jest zgodne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący załączył do wyjaśnień ofertę producenta urzędzenia sporządzoną po terminie składania ofert, zauważyć należy, że nie był to dokument wymagany przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, a jedynie element wyjaśnień mający rozwiać wątpliwości Zamawiającego. Tym samym data sporządzenia oświadczenia producenta nie świadczy o tym, że na dzień składania ofert urządzenie w odpowiedniej konfiguracji nie spełniało wymagań SIWZ i nie może mieć rozstrzygającego znaczenia.

### **78. Sygn. akt: KIO 2300/16, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r.**

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – 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. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pry-



zmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

### **79. Sygn. akt: KIO 2360/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r.**

(...) skład orzekający doszedł do przekonania, że *ad casum* przeprowadzenie z Odwołującym procedury wyjaśniającej, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp byłoby niedopuszczalne. Wyjaśnieniu miałyby bowiem podlegać niebudząca wątpliwości deklaracja dotycząca odmiennego od wymaganego terminu wykonania robót. Odwołujący wyraźnie i wprost wskazał w tym zakresie na datę 31 marca 2017 r. i wobec oczywistości tego oświadczenia nie wymaga ono dalszej interpretacji, w szczególności takiej, w której następnie miałyby się okazać, że właściwym terminem wykonania tego elementu świadczenia powinno być 120 dni od daty podpisania umowy. Izba zwróciła wprawdzie uwagę na sprzeczność tego oświadczenia z innymi ogólnymi deklaracjami, których złożenia zamawiający zwyczajowo wymagają, wprowadzając je do treści formularzy ofertowych (tu – oświadczenia z pkt 1–4, 7 i 16), niemniej jednak, po pierwsze – nie mają one, w ocenie składu orzekającego, przesądzającego znaczenia dla stwierdzenia zgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Po drugie, sam fakt wystąpienia określonej wewnętrznej sprzeczności w ofercie nie stanowi jeszcze o konieczności jej wyjaśnienia, jeżeli w następstwie tej czynności miałyby dojść do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, co *ad casum* nastąpiłoby w odniesieniu do terminu realizacji robót.

### **Art. 87 ust. 2 pkt 1**

### **80. Sygn. akt: XXIII Ga 1817/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 lutego 2017 r.**

Słusznie Izba ustaliła i zważyła, że na etapie postępowania prowadzonego przez zamawiającego został naruszony art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 zdanie drugie Pzp i prawidłowo uwzględniła ten zarzut. Słusznie Izba wywiodła, że do pomyłki doszło przy wpisywaniu ceny jednostkowej netto w poz. 16 formularza cenowego – wskazano cenę netto 2.000,00 zł i wartość netto 6.000,00 zł za 30 godzin. (...) Sąd Okręgowy dokonał takiej oceny oferty odwołującego (przeciwnika skargi) i również doszedł do przekonania, że wykonawcy dopuścili się omyłki pisarskiej w ofercie w ww. zakresie. Ocena oferty z uwzględnieniem zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego doprowadza do konkluzji, że wykonawcy dokonali omyłki w formularzu cenowym poprzez dodanie jednego zera w pozycji „cena jednostkowa” i zamiast „200 zł” wpisali „2.000 zł”. (...)

Pomyłka nastąpiła w jednym z kilku formularzy, co uzasadnia że właśnie w tym jednym nastąpiła pomyłka. Skarżący co prawda wskazał, że w świetle postanowień SIWZ nie ma żadnych powiązań pomiędzy cenami jednostkowymi podanymi przez przeciwnika skargi w poszczególnych formularzach cenowych, nawet jeśli są to ceny jednostkowe za takie same prace, jednak nie zaprzeczył, że ceny jednostkowe za prace w krytycznym formularzu były takie same, jak w pozostałych formularzach. Skarżący nie wykazał, aby cena w przedmiotowym formularzu winna być inna, niż w pozostałych. Kolejnym argumentem uzasadniającym tezę, że omyłka wykonawców miała charakter omyłki pisarskiej była okoliczność, że pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu wycenili roboczogodzinę świadczenia usługi „inne prace zlecone” w kwotach od 90 zł do 200 zł. Wskazana w formularzu cenowym cena netto 2.000 zł odbiega zatem znacznie od realiów rynkowych i w świetle doświadczenia życiowego nasuwa się oczywisty wniosek, że stanowi wynik właśnie omyłki pisarskiej.

W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że wykonawcy w ofercie dopuścili się omyłki pisarskiej, a nie – jak wywodził skarżący – omyłki rachunkowej. Nie

zasługuje zatem na uwzględnienie zapatrywanie skarżącego, że w świetle rozważań Izby na zamawiającego został nałożony obowiązek porównania kilku niezależnych dokumentów i na tej podstawie wydedukowania całego procesu myślowego przeciwnika skargi związanego z przygotowaniem oferty, bowiem zamawiający jest zobowiązany do poprawy takiej omyłki w ofercie wykonawcy. Podkreślić należy, że na mocy art. 87 ust. 2 pkt 1) Pzp zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, jak zasadniczo trafnie zauważył skarżący, jednak poprawienie to nie może prowadzić do takiej zmiany treści oferty, która mogłaby być uznana za zmianę w treści oświadczenia woli wykonawcy. Obowiązek ten nałożony na zamawiającego ustawą i z pewnością nie nosi cechy konieczności „wydedukowania całego procesu myślowego przeciwnika skargi związany z przygotowaniem oferty”, z uwagi na ustawowy charakter oraz cel nie prowadzi również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 zdanie drugie Pzp. W niniejszej sprawie zamawiający jednak w sposób nieprawidłowy dokonał poprawienia oferty wykonawców, przy założeniu, że omyłka wykonawców polegała jedynie na dokonaniu błędnego działania arytmetycznego, co w konsekwencji spowodowało, że oferta wykonawców została zakwalifikowana na drugiej pozycji, mimo że nadal była najtańsza. Taka ingerencja w treść oferty była zatem nieuprawniona, jak słusznie wywiodła Izba.

### **Art. 87 ust. 2 pkt 3**

#### **81. Sygn. akt: KIO 1694/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r.**

Oznaczenie czasu usunięcia usterek w ofercie odwołującego nie wskazywało żadnej jednostki przyjętej dla oznaczenia czasu.

Braku tego nie można potraktować jako możliwego do usunięcia w wyniku wyjaśnień złożonych przez odwołującego, nie ma również podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż oznaczenie czasu usunięcia usterek nie nosi znamion omyłki, a ponadto aspekt ten, to istotna zmiana oferty przez jej wypełnienie w zakresie wymaganego w SIWZ parametru.

#### **82. Sygn. akt: KIO 1732/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r.**

Zgodnie z przywołaną podstawą prawną Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym stwierdzona niezgodność z siwz nie była możliwa do poprawienia przez Zamawiającego. Zasadniczo bowiem zmiana wymagała ustalenia przez Zamawiającego podstawy wyceny, której nie zawierała treść oferty. Wycena miała być dokonana na podstawie kalkulacji własnej wykonawcy, co powodowało ten skutek, że Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić kwoty o jaką ewentualnie miałyby zostać zwiększona cena oferty. Ponadto należy zauważyć, iż występujące znaczące różnice w wycenie tej pozycji w innych ofertach faktycznie mogły przesądzić o tym, czy oferta okaże się być najkorzystniejszą. Przyjęcie oświadczenia Odwołującego co do wartości pozycji (10.000 zł) stało w sprzeczności z treścią oferty, a ponadto rodziło wątpliwości z uwagi na dopuszczalność ich ustalenia dopiero na etapie związanym z oceną złożonych ofert, tj. po zapoznaniu się z cenami innych wykonawców. W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby uznać, że brak pozycji kosztorysowej mógł być uzupełniony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co miałyby uzasadniać jej ocenę w kryteriach oceny ofert.

**83. Sygn. akt: KIO 1946/16, Wyrok KIO z dnia 28 października 2016 r.**

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nieprowadzących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Decydujące znaczenie dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

Należy zauważyć, że często jako regułę przesądzającą o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp wskazuje się możliwość samodzielnego, bez udziału wykonawcy, poprawienia przez zamawiającego omyłki. Tymczasem jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który to 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 zauważyć, że ponieważ omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie mają oczywistego charakteru, a z uwagi na to, że powodują zmianę treści oferty, wyłącznie w ich przypadku wykonawca może doprowadzić do zniweczenia ich poprawienia w sposób zaproponowany przez zamawiającego, nie wyrażając na to zgody, gdyby nie odpowiadało to jego intencjom.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3

pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Należy zauważyć, że słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. {Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}. (...) Izba zważyła, że – jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

#### **84. Sygn. akt: KIO 2245/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r.**

Tak określonego błędu w zapisie treści oferty nie można było uznać również za inną omyłkę, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Istotnym jest, aby były one wynikiem omyłki, a ich poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów. W przypadku umowy o udzielenie zamówienia cena jest istotnym elementem zobowiązania wykonawcy mającym swe źródło w zapisach złożonej Zamawiającemu oferty. W rozpoznawanym zaś wypadku niemożliwym było samodzielne ustalenie przez Zamawiającego odpowiedniej wartości poszczególnych zestawów macierzy. Niemożliwym było również, bez naruszenia powołanego przepisu art. 87 ust 1 ustawy Pzp ustalenie prawidłowej, tj. odpowiadającej zamiarowi Odwołującego oraz rzeczywistej wartości zestawów poszczególnych macierzy, cen określonych w pozycji 2 i 3 w tabeli nr 2 formularza ofertowego.

**85. Sygn. akt: KIO 2318/16, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2016 r.**

Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dokonania poprawy oferty odwołującego, to Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie postawił zarzutu w tym zakresie, ani nie sformułował jakiegokolwiek żądania, jak również przeczył okoliczności, jakoby jego oferta zawierała inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią siwz, której poprawa nie pociągałaby istotnej zmiany treści oferty, tym samym rozpoznanie takiego zarzutu wykraczałoby poza kognicję Izby zakreśloną w art. 192 ust. 7 ustawy. Jedynie w celach edukacyjnych Izba zauważa, że aby zastosować tej przepis zamawiający musiałby móc ustalić, jaka była wola odwołującego przy składaniu oferty i czy formularz ofertowy podlegałby istotnej zmianie, w szczególności co do tego, co zostało zaoferowane. W ocenie Izby, w sytuacji gdy zamawiający oczekuje wyceny wejścia, a odwołujący podaje wycenę za licencję, to poprawa w tym zakresie nie prowadziłaby jedynie do zmiany ceny, ale także do zmiany przedmiotu tej wyceny. Ten aspekt nie był przedmiotem badania tak przez zamawiającego jak i przez odwołującego, a w ocenie Izby mógł mieć istotne znaczenie dla badania dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przede wszystkim przy ocenie czy poprawa nie pociągnie za sobą istotnej zmiany treści oferty. Jak również konieczna byłaby ocena, czy wyrażenie zgodny na dokonanie poprawy w takim zakresie nie stanowiłoby obejścia zakazu negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą dotyczących złożonej oferty.

**86. Sygn. akt: KIO 2359/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. do uznania, że do treści oferty odwołującego wkradła się omyłka, polegająca na jej niezgodności z treścią SIWZ, której poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści tej oferty.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest dopuszczalne w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty (zamawiający ma wywiązać się z obowiązku poprawy oferty nawet w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy) albo po uzyskaniu od wykonawcy – jak określił to zamawiający – wyjaśnień „o pomocniczym” jedynie charakterze.

Podkreślić także należy, w odniesieniu do stanowiska odwołującego, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* względem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, że niedopuszczalność prowadzenia pomiędzy zamawiającym a jakimkolwiek wykonawcą negocjacji co do treści oferty wynika nie tylko z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zakaz ten należy także wyprowadzić z podstawowych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, tj. wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. (...) Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że ze względu na brak możliwości oceny przez zamawiającego, czy dokonana poprawa treści oferty odwołującego miałaby charakter istotny, a to ze względu na niemożność ustalenia, jaką wielkością przepustowości należałoby zastąpić przepustowość podaną przez odwołującego (5 Mb/s), zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest zatem podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**87. Sygn. akt: XXIII Ga 930/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 września 2015 r.**

Zgodnie z poglądami panującymi w doktrynie i orzecznictwie, w pełni podzielanymi przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie, oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia dodatkowych badań, czy ustaleń (por. z uzasadnienia wyroku SO w Katowicach z 26.7.2005 r. sygn. IV Ca 340/05, niepubl., wyr. KIO z: 3.4.2008 r. KIO/UZP 243/08; 22.2.2008 r., KIO/UZP 100/08; wyr. ZA



z 27.7.2006 r., UZP/ZO/O-2142/06, (...)). Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu (zob. wyr. ZA z 30.11.2006 r., UZP/ZO/O-2862/06, (...)). Jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś – uchybienia merytorycznego. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt postępowania wywołanego skargą należy uznać, że poprawka zapisu typu stali użytej w szynach kolejowych 49E1 z R260 na 350HT nie jest poprawką oczywistej omyłki. Po pierwsze jej usunięcie jest wynikiem wystąpienia przez Zamawiającego do X o wyjaśnienie zapisu oferty. Nie było to zatem tak oczywiste jak sugerował Skarżący. Po drugie, ingeruje w treść oferty w zakresie merytorycznego wyrażenia stosowanego przez wykonawcę do opisu materiału użytego w kosztorysie ofertowym zwłaszcza, że mamy do czynienia z jednym typem szyny, do którego zastosowano dwojakiego rodzaju stal.

Jednakże, w ocenie Sądu Okręgowego, zachowanie Zamawiającego znajduje podstawę w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. (...) Należy przy tym podkreślić, że kwalifikator istotnych zmian należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

Ustawodawca, wprowadzając przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które muszą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.” (z uzasadnienia do ustawy z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw).

W ocenie Sądu Okręgowego, postępowanie Zamawiającego zmierzało do wyjaśnienia wątpliwości związanych z typem stali stosowanej w szynach znajdujących się na łukach torów, gdzie winna być zastosowana stal o zwiększonej wytrzymałości i co zostało wskazane w SIWZ. Jednakże same szyny stalowe były jednymi z wielu materiałów, które miały być zastosowane w ramach realizacji zamówienia i co do zasady, zakres zmiany rodzaju stali nie wpływał w sposób istotny na treść oferty. Dlatego, w tej konkretnej sytuacji Sąd uznał, że Zamawiający miał prawo, w ramach wyjaśniania sprzeczności oferty z SIWZ, przy tak wielkiej ilości materiałów uwzględnianych do wykonania zamówienia, zastosować zasadę wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonać poprawki oferty na korzyść Zamawiającego.



**88. Sygn. akt: III Ca 1583/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 grudnia 2015 r.**

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Sądu Okręgowego nie można *a priori* wykluczyć, że w pewnych szczególnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce dopiero po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 roku, sygn. akt KIO 522/11, (...)). Zaznaczyć jednak należy, że zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zatem zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. jedynie wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. (...) Zgodnie bowiem z art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, o czym niezwłocznie zawiadamia wykonawcę, a zatem zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu.

Zaprezentowana powyższej wykładnia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p. została w pełni zaakceptowana w orzecznictwie sądów krajowych {vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 roku, sygn. akt V Ca 1051/10, ZPO 2011/8/89}. Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie zajął identyczne stanowisko. W tym miejscu wskazać należy na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 października 2013 roku zapadły w sprawie C-336/12, w uzasadnieniu którego Trybunał podniósł, że: „Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Wskazać trzeba również na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 roku wydany w sprawie C-599/10, w treści uzasadnienia którego czytamy: „Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. [...] z zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci.”

**89. Sygn. akt: XIX Ga 398/16, Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r.**

Nie jest dopuszczalne poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. takich omyłek, jakie popełnił wykonawca, zamierzając spełnić świadczenie inne iż w przewidziane w SIWZ,

względnie inne parametry tego świadczenia, albo na innych warunkach, niż przewidziane to zostało w SIWZ.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 2**

#### **90. Sygn. akt: KIO 1847/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r.**

Biorąc pod uwagę specyfikę wykonywanych prac przy uwzględnieniu muzycznego charakteru Uczelni jaką jest Zamawiający nie powinno dziwić zawarcie we wzorze umowy postanowień, kładących nacisk na każdorazowe, uprzednie uzgadniania terminów realizacji poszczególnych prac z Zamawiającym, w szczególności tzw. „prac głośnych”. Oczywistym jest, że Zamawiający w takiej sytuacji chce mieć wpływ na termin prac realizowanych przez wykonawcę, bowiem mogą one kolidować, a nawet zaburzać sposób funkcjonowania Zamawiającego. Wobec tego za słuszne i właściwe należy uznać działanie Zamawiającego, który chcąc zabezpieczyć własne interesy, już na etapie specyfikacji przewidział potencjalne sytuacje, zagrażające jego prawidłowemu funkcjonowaniu i poprzez postanowienia umowne zagwarantował sobie możliwość ich wyeliminowania. Izba zwraca uwagę, że możliwość dokonywania zmian w harmonogramie nie przesądza o tym, że jest to dokument pomocniczy o znaczeniu formalnym.

W związku z zaprezentowaną powyżej argumentacją Izba uznała stanowisko prezentowane przez Odwołującego, opierające się na tym, że wymóg przedstawienia harmonogramu jest jedynie wymogiem formalnym, za błędne. W świetle opisanych okoliczności Izba uznała harmonogram za dokument o istotnym charakterze merytorycznym, bowiem to właśnie na jego podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się w jaki sposób dany wykonawca będzie realizował zamówienie, tj. w jakich datach będzie wykonywał określone elementy zamówienia.

#### **91. Sygn. akt: KIO 1874/16, Wyrok KIO z dnia 24 października 2016 r.**

Po pierwsze nie zachodzi przesłanka wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wbrew argumentacji odwołującego zał. Nr 5 opis przedmiotu zamówienia nie stanowi potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego. W tym zakresie Izba ustaliła, że potwierdzeniem spełnienia wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia są: deklaracje zgodności, karty katalogowe i oświadczenia producenta. W przypadku oferty odwołującego jest nim oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta z dnia 31.08.2016 roku. W związku z tym nie zachodzi podstawa do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Po drugie nie zachodzi przesłanka do wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp. Owszem co do zasady można nakazać zamawiającemu żądania wyjaśnień ale w przypadku ustalenia, że zachodzą wątpliwości co do treści złożonej oferty. W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, ponieważ wykonawca nie wypełnił zał. Nr 5 zgodnie z jego dyspozycją to jest wpisanie TAK albo NIE. Odwołujący nie dokonał żadnego wpisu. Wezwanie odwołującego do dokonania wpisu TAK albo NIE stanowiłoby negocjacje dotyczące złożonej oferty. Tak więc brak podstaw do wyzwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp.

Po trzecie brak podstaw do zastosowania poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ zamawiający nie może tego samodzielnie wykonać, bo nie zna dyspozycji (TAK albo NIE) wykonawcy odwołującego się. Ponadto wpisanie dyspozycji TAK albo NIE, po złożeniu ofert ma wpływ na ocenę oferty w rankingu ofert w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert (funkcjonalność). Tak więc nie jest to omyłka (*vide* dla przykładu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2) i poprawienie oferty skutkowałoby istotną zmianą oferty (punktacja w kryteriach oceny ofert).

Po czwarte spełniła się przesłanka z dyspozycji art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący nie zapewnia funkcjonalności przewidzianej w punkcie A jako obligatoryjnej (str. 17 i 18 zał. nr 5 oferty odwołującego).

### **92. Sygn. akt: KIO 1914/16, Wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r.**

W rozpoznawanej sprawie ważnym było to, że Zamawiający oczekiwał od Wykonawców ustalenia przez nich wysokości cen jednostkowych każdego z czterech opisanych w SIWZ abonamentów – załącznik nr 1B do SIWZ w zw. z pkt V.1.3 SIWZ, a także pkt VI.2.1 oraz pkt VI.2.6 SIWZ. Ustalenie wysokości powołanych cen jednostkowych niewątpliwie stanowiło określenie istotnych postanowień przyszłej umowy – § 5 ust. 2 wzoru umowy. Zamawiający oczekiwał przedstawienia mu oferty, a zatem określenia wszystkich istotnych postanowień przyszłej umowy, w formie pisemnej – załącznik nr 1 do SIWZ oraz załącznik nr 1B do SIWZ (wskazane tam wyraźnie miejsce na podpis) w zw. z pkt V.1.3 SIWZ oraz pkt V.1.5 SIWZ. Tymczasem Przystępujący przedstawił Zamawiającemu załącznik nr 1B do SIWZ, który wbrew wyraźnym wymogom opisanym w SIWZ, podpisany przez niego nie został. Co szczególnie istotne w rozpoznawanym przypadku podpis, który powinien zostać złożony zgodnie z wyraźnie wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego pod treścią zawartą w uzupełnionym należycie formularzu stanowiącym załącznik nr 1B do SIWZ, nie miał potwierdzać jedynie ogólnych formuł i stanowić wyłącznie akceptacji treści skonstruowanego przez Zamawiającego formularza oferty. Podpis ten miał Zamawiającemu pozwolić uznać, że Przystępujący, z zachowaniem wymaganej prawem formy (forma pisemna pod rygorem nieważności) składa mu oświadczenie ustalające wysokość cen jednostkowych (kreujące te ceny), które będą stanowiły podstawę do ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego za świadczenie usługi objętej przedmiotem zamówienia. Ustalenie wysokości cen jednostkowych niewątpliwie było obowiązkiem i prawem Przystępującego składającego ofertę, samo zaś określenie cen miało zostać przedstawione Zamawiającemu z zachowaniem odpowiedniej formy, określonej przepisami prawa i wymaganiami Zamawiającego. Niedochowanie w tym elemencie przez Przystępującego żądanej przez Zamawiającego formy pisemnej nie pozwalało przyjąć, że treść oferty złożonej przez Przystępującego obejmuje swym zakresem wskazanie na konkretne, określone w sposób wymagany przez Zamawiającego w SIWZ (pkt VI.2.5 SIWZ i VI.2.6 SIWZ), wartości cen jednostkowych. Tymczasem, jak to już podkreślano, Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie wymagał, aby oba formularze zostały przez Wykonawców podpisane, a tym samym, aby każdy z tych formularzy i wynikające z nich oświadczenia Wykonawców o pożądanej przez Zamawiającego treści zostały złożone Zamawiającemu w formie pisemnej.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że złożone Zamawiającemu z zachowaniem wymaganej w tym przypadku pod rygorem nieważności formy pisemnej oświadczenie woli Przystępującego nie obejmowało swym zakresem ustalenia wartości cen jednostkowych, albowiem te nie zostały potwierdzone przez powołanego Wykonawcę własnoręcznie złożonym podpisem. Tym samym treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ, co rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia tak skonstruowanej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co też Izba Zamawiającemu nakazała.

### **93. Sygn. akt: KIO 1976/16, Wyrok KIO z dnia 28 października 2016 r.**

Odnosnie drugiej ze wskazanych w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiający nie podał bezpośrednich powodów wskazania tej podstawy odrzucenia. Można zatem domniemywać, że oferta Odwołującego [jak to zakwalifikował wykonawca] jest niezgodna z ustawą Pzp, albowiem nie nastąpiło wskazanie w ofercie podwykonawcy. Tak jak Izba za-

uważyła powyżej realizacja przedmiotu tego zamówienia wymagała, albo „osobistego” wyprodukowania autobusu przez wykonawcę albo zaangażowania do tego celu uprawnionego producenta, a takie zaangażowanie mogło przybrać formę Konsorcjum [wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia] lub też podwykonawcy – podmiotu wykonującego zamówienie w zakresie produkcji autobusów na zlecenie wykonawcy. Izba także uznała za zasadny zarzut dotyczący wskazywanego art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Rzeczywiście wskazywanie w taki sposób podstawy odrzucenia oferty nie jest dopuszczalne ustawą Pzp. Izba zgodziła się z Odwołującym, że podstawę do odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą stanowić wyłącznie przesłanki enumeratywne wskazane w treści art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nie wymienia wśród tych przesłanek okoliczności „złożenia w ofercie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym”. Powoływanie się na tę okoliczność w ramach podstaw do odrzucenia złożonej oferty należy zatem uznać za działanie nieuprawnione. Izba w zakresie tych zarzutów zobowiązana była jednocześnie mieć na względzie dyrektywę z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą uwzględnienie odwołania ma miejsce wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, co wskazano powyżej, kluczowe rozstrzygnięcie dotyczyło uzasadnionych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **94. Sygn. akt: KIO 2099/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r.**

Dostrzec jednak trzeba, że w przypadku wykazywania przez wykonawców zgodności oferowanych dostaw z opisanymi wymaganiami zamawiającego należy wziąć pod rozwagę nie tylko SIWZ w literalnym brzmieniu, ale również przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. poz. 231) *[aktualnie jest to rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.]* § 6 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia *[rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. poz. 231) – przyp. red.]* pozwala zamawiającemu na żądanie zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów stanowi jednak w § 6 ust. 4 *[aktualnie przepisowy temu odpowiada § 13 ust. 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 publicznego (Dz.U z 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.]*, że jeżeli wykonawca nie może złożyć zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2–4 może złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości.

Z powołanych norm należy wysnuć wniosek, że w sytuacji nie złożenia przez odwołującego certyfikatów wymaganych w SIWZ, zamawiający powinien dopuścić możliwość potwierdzenia spełniania swoich wymagań innymi dokumentami. Zatem w sytuacji, gdy odwołujący nie złożył zamawiającemu certyfikatu zgodności dla głowic kablowych SN, lecz inne dokumenty – raporty z testów oraz pismo niezależnego instytutu – zamawiający powinien poddać je ocenie. Przyczyny dla których zamawiający nie uznał dokumentów złożonych przez odwołującego zamiast certyfikatu powinny być wskazane w informacji o odrzuceniu oferty, co w okolicznościach sporu nie nastąpiło. W informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający powoływał bowiem wyłącznie fakt nie złożenia certyfikatu. W tej sytuacji toczenie na

rozprawie sporu co do tego, czy raporty z testu potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego jest niedopuszczalne (art. 192 ust. 7 Pzp).

Taką samą ocenę Izba wyraża wobec zarzutu dotyczącego certyfikatu zgodności z normą PN-EN-60947-7-2-2012. Dodatkowo należy podkreślić, że w tym wypadku, zamawiający, jeśli uznał, że sam certyfikat PN-EN-60947-7-1-2012 nie potwierdza spełniania jego wymagań lub że nie jest dokumentem równoważnym, powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia braku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a dopiero, gdy wezwanie okaże się bezskuteczne, mógł odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

### **95. Sygn. akt: KIO 2200/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r.**

Według utrwalonego w doktrynie i orzecznictwie poglądu zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoficerowanego 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. Natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, jednakże o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (...). Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że 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, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

### **96. Sygn. akt: KIO 2316/16, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r.**

To do obowiązków Zamawiającego należy określenie w sposób precyzyjny i jednoznaczny jak należy obliczyć cenę oferty, jakie składowe mają stanowić cenę danej oferty, jakie jednostki przeliczeniowe i jakie krotności należy przyjąć do działań matematycznych. W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu tej precyzji w opisie w Rozdziale IX SIWZ zabrakło. Chcąc uczynić zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający musiał uznać oba sposoby za dopuszczalne. Obaj zaś wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień wskazali w jaki sposób można dokonać prostego przeliczenia celem uzyskania ceny jednostkowej za czynności sprzątnięcia. Oferty nie zawierały zatem błędów matematycznych, czy też innych błędów, które usprawiedliwiały zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie zachodziły więc podstawy do ich odrzucenia. Izba nie podziela obaw Odwołującego, że niemożliwe będzie rozliczenie umowy w sposób określony



w § 4 ust. 2 umowy. Zamawiający w sposób określony w wyjaśnieniach będzie mógł dokonać przeliczenia, aby uzyskać ceny jednostkowe.

Tym samym Izba nie dopatrywała się w ofertach konsorcjum X i konsorcjum Y niezgodności treści tych ofert z zapisami SIWZ oraz błędów w obliczeniu ceny. Złożone przez Wykonawców dodatkowe wyjaśnienia nie stały w sprzeczności zarówno z treścią oferty, jak też treścią SIWZ. W ocenie Izby wystosowanie wezwania i złożone wyjaśnienia nie miały charakteru negocjacyjnego i nie doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty. Wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej przy uwzględnieniu jednej z dwóch dopuszczalnych interpretacji zapisów SIWZ co do sposobu obliczenia ceny.

#### **97. Sygn. akt: KIO 2360/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r.**

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że określenie przez Odwołującego w formularzu oferty terminu realizacji robót na dzień 31 marca 2017 r. nie stanowi żadnej z omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp. U podstaw takiego określenia spornego terminu legło, zdaniem składu orzekającego, błędne utożsamienie terminu realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem (120 dni od daty podpisania umowy) z terminem rozliczenia całości umowy (31 marca 2017 r.). Odwołujący wskazywał dodatkowo na konieczność wykonania w Etapie V robót budowlanych, podczas gdy dotyczy on wyłącznie czynności odbiorowych i rozliczeniowych, co może świadczyć o dokonaniu powierzchownej analizy i nieprawidłowej interpretacji postanowień SIWZ. Potwierdza to dokonanie świadomej zmiany wymagań Zamawiającego w kwestii terminu realizacji zamówienia, nie zaś popełnienie niezamierzonej niedokładności w tym zakresie. Przedstawione zapatrywanie wzmacnia dodatkowo okoliczność, że Odwołujący był uprawniony do zmiany treści formularza oferty jedynie w sytuacjach wyraźnie przez Zamawiającego przewidzianych (patrz zasady z pkt 12.6 SIWZ), zatem – biorąc pod uwagę, że złożył ofertę na obie części przedmiotu zamówienia – jego obowiązkiem było pozostawienie pkt 15 formularza w niezmienionej postaci.

Na zakończenie należy odnieść się również do twierdzenia o braku możliwości zachowania obecnie terminu 120-dniowego z uwagi na znaczny upływ czasu pomiędzy terminem składania ofert (26 października 2016 r.), a zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej (5 grudnia 2016 r.). W przekonaniu Izby oferta stanowiąca oświadczenie woli, które składane jest zamawiającemu w określonym momencie, musi być przez niego oceniana według stanu z chwili, gdy do niego dotarła (zob. art. 61 § 1 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp), nie zaś przez pryzmat późniejszych okoliczności mogących wpływać na sposób jej interpretacji, które – w momencie składania oświadczenia woli – mają charakter przyszły i niepewny. W konsekwencji wspomniana przez Odwołującego kwestia braku możliwości zaoferowania takiego terminu wykonania robót nie mogła mieć znaczenia dla możliwości jej poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp, bądź wyjaśnienia w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 Pzp.

#### **98. Sygn. akt: XXIII Ga 1341/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 października 2015 r.**

Sąd Okręgowy podziela te orzecznictwo KIO, zgodnie z którym niejednoznacznej treści z SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Z niejasnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Tym samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego Izba słusznie nie dopatrywała się niezgodności oferty X



z SIWZ. Przyjęty przez KIO zaś sposób rozumienia SIWZ uwzględniał bowiem nie tylko literalne sformułowanie SIWZ, ale i brał pod uwagę sposób ich rozumienia przez wykonawców.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 3**

#### **99. Sygn. akt: KIO 1823/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r.**

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie nie ma wątpliwości, że sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych, składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie.

W postępowaniach, gdzie cenę oferty tworzy suma cen jednostkowych, poprawność obliczenia cen jednostkowych ma istotne znaczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy ceny te – jak w okolicznościach badanego postępowania – stanowią element rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą. Zasadą jest bowiem zapłata wynagrodzenia za prace rzeczywiście wykonane.

#### **100. Sygn. akt: KIO 2091/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r.**

(...) czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 uoznk jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno - funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.

Istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty przez X w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polega na zaoferowaniu Zamawiającemu w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty terminu realizacji dostawy niemożliwego do dotrzymania. Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, w tym przede wszystkim postanowienia tego dokumentu związane z wyznaczonymi kryteriami oceny ofert, a także biorąc pod uwagę treść punktu 4 formularza ofertowego wykonawcy X zaproponowanie terminu wykonania przedmiotu umowy w postaci 0,5 godziny od podpisania umowy uznać należało za czyn nieuczciwej konkurencji. Izba mając na uwadze doświadczenie życiowe i zasady wiedzy, opierając się przede wszystkim na takich czynnikach jak ilość sprzętu niezbędną do dostarczenia, ilość jednostek oświatowych, do których należy dokonać dostawy, rozmieszczenie tych jednostek w granicach miasta G., uwarunkowania komunikacyjne związane z dostawą sprzętu, konieczność dokonania odbiorów ilościowych dostarczanego sprzętu, konieczność jego wniesienia do placówek, rozpakowania, podłączenia, sprawdzenia poprawności działania uznała, że wykonanie całości realizacji przedmiotu zamówienia w 0,5 godziny nie jest możliwe, a działania wykonawcy X nakierowane były jedynie na uzyskanie maksymalnej punktacji w danym kryterium. Aby stwierdzić powyższe, nie było konieczne przeprowadzanie postępowania dowodowego, choćby w postaci eksperymentu procesowego. Stwierdzenie prawdziwości takiej tezy nie wymaga wiadomości specjalnych i możliwe jest do ustalenia przez skład orzekający Izby, przy uwzględnieniu wiedzy powszechnie dostępnej odnoszącej się do znajomości topografii aglomeracji Trójmiasta i własnego doświadczenia życiowego. Wyznaczone punkty dostawy są w ramach miasta znacznie od siebie oddalone, znane są także uwarunkowania komunikacyjne związane z poruszaniem się po miastach z dużym natężeniem ruchu drogowego. (...) Działanie wykonawcy X nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej kon-

kurencji opisanych w art. 5–17 uznk. Jednak działanie takie należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, wyznaczenie bardzo krótkiego terminu dostawy, tak aby w danym kryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków dostawy, czy konkurowanie terminem, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń służących ocenie ofert, która doprowadzić powinna do wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym podwyższeniem wynagrodzenia dla wykonawcy ze szkodą dla Zamawiającego. Choć SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych szczegółowych zapisów, to właśnie tę lukę zdaje się wykorzystał wykonawca X. Takie działanie nie jest jedynie formalnym podniesieniem punktacji dla wykonawcy, ale ma dla Zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Z dużym prawdopodobieństwem Zamawiający zapłaciłby za realizację przedmiotu zamówienia znacznie wyższą cenę, a zaproponowany w ofercie termin realizacji umowy nie zostałby przez wykonawcę dotrzymany bez żadnych negatywnych dla niego konsekwencji. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk. W danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Niewątpliwie jest naruszeniem interesów innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przez wyznaczenie tak krótkiego terminu, który nie pozwala na uczciwą rywalizację w innych kryteriach.

W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy X, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającego. Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie, należy stwierdzić, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ zasad realizacji przedmiotu zamówienia musiała prowadzić do wniosku, iż nie było dopuszczalne manipulowanie terminem dostawy w taki sposób, że przy zaoferowaniu najwyższej ceny możliwe było zaproponowanie terminu niemożliwego do dotrzymania.

### **101. Sygn. akt: KIO 2184/16, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2016 r.**

W ocenie Izby zostało wykazane przez Odwołującego, że wykonanie zamówienia w terminie jednego dnia od podpisania umowy nie jest możliwe z uwagi na czasochłonność czynności koniecznych do wykonania dostawy licencji. Odwołujący przedstawił w tym zakresie dowody w postaci oświadczeń podmiotów dostarczających licencje (X Sp. z o.o. – partnera M. posiadającego status Licensing Solution Providers, Y Sp. z o.o. – autoryzowanego dystrybutora rozwiązań V. oraz Z Sp. z o.o. – dystrybutora oprogramowania B. Z dowodów tych jednoznacznie wynika, że dostawa licencji w ciągu jednego dnia od podpisania umowy nie jest możliwa, realizacja zamówienia wymaga bowiem podjęcia szeregu czynności następujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, a poprzedzających dostawę licencji. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie dedykowane konkretnemu Zamawiającemu, za niemożliwe należy uznać uruchomienie procedury dostawy tego oprogramowania przed zawarciem umowy z Zamawiającym. (...) Biorąc pod uwagę konstrukcję kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu i ich wagę należy podzielić stanowisko Odwo-

lującego, że zaoferowanie jednodniowego terminu realizacji zamówienia było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżenia punktacji przyznanej ofercie, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia mimo braku realnej możliwości wywiązania się ze swego zobowiązania. Kryteria oceny ofert były określone w ten sposób, że oferty istotnie droższe, ale z krótkim terminem realizacji zamówienia, mogły być korzystniejsze od oferty znacznie tańszej z dłuższym terminem realizacji (przy zaoferowaniu jednodniowego terminu wykonania zamówienia oferta otrzymywała 40 pkt, podczas gdy termin siedmiodniowy to 5,71 pkt). Powyższe potwierdza, że termin realizacji zamówienia był tym elementem oferty, który znacząco wpływał na ostateczną ocenę ofert, zatem weryfikacja tego terminu pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji była istotnym obowiązkiem Zamawiającego, z którego – w ocenie Izby – się nie wywiązał.

Dodatkową okolicznością potwierdzającą zasadność zarzutów odwołania, jest wysokość przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych, które zostały określone na takim poziomie, że wykonawcom „opłacało się” zaniżyć w ofercie termin wykonania i zapłacić w przyszłości kary umowne. Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 lit. b wzoru umowy, kara umowna wynosić będzie 0,5% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu zamówienia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 20% wartości brutto przedmiotu umowy. Zatem przykładowo 6-dniowe opóźnienie w wykonaniu zamówienia skutkowałoby zapłatą kar umownych w wysokości 3% wartości umowy, co pozwala przyjąć, że kary umowne zostały wkalkulowane w cenę oferty.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, co może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby złożenie przez Konsorcjum A. i Konsorcjum B. ofert z jednodniowym terminem realizacji zamówienia wyczerpuje znamiona wskazanych w przywołanych wyżej przepisach czynów nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich *de facto* możliwości konkurowania w przetargu. Z drugiej strony uderza to w interes Zamawiającego, ograniczając mu możliwość udzielenia zamówienia innym wykonawcom, oferującym realnie korzystniejsze warunki wykonania zamówienia, poprzez wymuszenie wyboru oferty mniej korzystnej, w której wyższa cena została połączona z nierealnym terminem wykonania zamówienia.

## **102. Sygn. akt: VII Ca 160/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 29 kwietnia 2015 r.**

Zdaniem Sądu Okręgowego szczegółowa analiza tych akt prowadzi do wniosku, że faktycznie prawdopodobieństwo zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest wysokie, co zresztą przyznała sama KIO. Ten czyn to zapoznanie się z zawartością ofert i kosztorysem inwestorskim przed terminem do otwarcia ofert, co narusza art. 86 ust. 1 p.z.p. Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zachowanie uczciwej konkurencji. Wykonawca, który poznał kosztorys inwestorski wcześniej, narusza interesy konkurentów i działa sprzecznie z regułami uczciwego obrotu gospodarczego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że już samo realne zagrożenie zapoznania się jednego z wykonawców z ofertą konkurenta i z kosztorysem inwestorskim stwarza podstawę do unieważnienia postę-

powania. Takie realne zagrożenie w niniejszym postępowaniu Zamawiający wykazał, więc słusznie unieważnił postępowanie i odrzucił zgłoszone oferty.

### **103. Sygn. akt: XXIII Ga 586/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r.**

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że w niniejszej sprawie działanie obu spółek skarżących, występujących jako konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, było sprzeczne z dobrymi obyczajami, naruszało i zagrażało interesom innych przedsiębiorców, potencjalnych wykonawców, a zatem zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy [ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) – przyp. red.] stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Skarżący tworzą nowe sztuczne byty – konsorcja na potrzeby kolejnych zamówień publicznych, złożone z tak dobieranych każdorazowo spółek, aby pozwalało im to na korzystanie ze zwolnień z podatku VAT w oparciu o art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Podkreślenia wymaga fakt, iż procedura ta nie jest jednorazowym działaniem na potrzeby tego konkretnego zamówienia publicznego, ale trwa od kilku lat i powtarza się w różnych konfiguracjach spółek. Co więcej, liczba członków poszczególnych konsorcjów na potrzeby kolejnych zamówień, uzależniona jest od ceny ofertowej oferowanej w tym przetargu. Jeżeli przekracza ona ustawowy próg zwolnienia od podatku VAT, to jest próg 150 000 zł, określony w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, to liczba członków konsorcjum wynosi odpowiednio dwóch albo więcej, w zależności od ceny oraz tego, ile razy ta cena przekracza ów próg 150 000 zł. Ilość spółek – córek, powiązanych ze spółkami występującymi jako konsorcjum w niniejszej sprawie, posiadających tych samych członków zarządu, sięga kilkudziesięciu.

Bez znaczenia pozostaje dla rozstrzygnięcia w tym zakresie fakt podnoszony przez skarżących, że kontrola przeprowadzona przez Urząd Kontroli Skarbowej w P. nie wykazała nieprawidłowości w korzystaniu ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT przez spółki występujące w konsorcjach z X sp. z o.o. sp.k. w P. Świadczy to bowiem wyłącznie o braku uchybień o charakterze prawopodatkowym. Nie przesądza natomiast w żaden sposób, że skarżący nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji. Nawet bowiem jeżeli spełnili oni wszystkie warunki, by zgodnie z obowiązującym i przepisami skorzystać ze zwolnienia z podatku VAT, to istotne znaczenia ma powtarzalność sposobu postępowania spółek i ich cel, którym każdorazowo było złożenie oferty i uzyskanie zamówienia publicznego. Tylko bowiem na potrzeby zamówienia publicznego sztucznie tworzone spółki i łączono w konsorcja, dopasowując ich skład tak, aby każdorazowo zgłaszając swój udział w postępowaniu takie konsorcjum mogło skorzystać ze zwolnienia podatkowego. Co za tym idzie podmioty te uzyskiwały korzyść w postaci nieuwzględnienia w cenie 23% podatku VAT, co czyniło w zasadzie niemożliwym konkurowanie z nimi innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nie należy, w ocenie Sądu Okręgowego, do dobrych obyczajów konkurowanie w ramach postępowania o zamówienie publiczne, poprzez tworzenie sztucznych, jednorazowych tworów dla celów podatkowych w każdej konkretnej sprawie, tak jak w sprawie niniejszej.

Dodać należy, że tak jak podnosił przeciwnik skargi, faktycznie w przedmiotowej sprawie nie było konieczne tworzenie konsorcjum, ponieważ warunki udziału w postępowaniu mogłyby spełnić każdy ze skarżących samodzielnie, uzyskując wsparcie od spółki – matki, którego zapewnienie udzielenia padło w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Skarżący naruszyli również interesy innych przedsiębiorców, bowiem poprzez podejmowane działanie oferowali, jak wskazano powyżej, cenę niższą już chociażby o wysokość podatku VAT, do którego uiszczania nie są zobowiązani wobec ustawowego zwolnienia. Inni wykonawcy, którzy występują w takim postępowaniu, oferując marże i ceny rynkowe, już z założenia na wstępie, nie są w stanie dorównać na rynku zamówień publicznych warunkom proponowanym przez skarżących. Podkreślenia ponownie wymaga powtarzalność tego działania. Tworzenie

konsorcjów specjalnie skonstruowanych w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT i przez to uzyskania możliwości oferowania ceny niemożliwej do zaoferowania przez innych przedsiębiorców, którzy mogliby ubiegać się o określone zamówienie, jest sprzeczne z zasadami postępowania w sprawach o zamówienia publiczne i bezsprzecznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wyżej przytoczonego przepisu art. 3 ust. 1 ustawy.

Niewątpliwie też skarżący, przez swoje działanie utrudniają innym przedsiębiorcom, potencjalnym wykonawcom, dostęp do rynku, a takie działanie wypełnia znamiona naruszenia art. 15 ust. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; *de facto* wymusza wybranie przez zamawiającego oferty skarżących jako najkorzystniejszej.

#### **104. Sygn. akt: XXIII Ca 1826/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Poprzez podejmowane działania Konsorcjum oferowało cenę niższą już choćby o wysokość podatku VAT, do którego uiszczenia nie są zobowiązane spółki wobec ustawowego zwolnienia. Inni wykonawcy, którzy występują w tym postępowaniu, oferując marżę i ceny rynkowe, nie byli w stanie dorównać spółce, Konsorcjum. Tworzenie Konsorcjów specjalnie skonstruowanych w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT i przez to uzyskania możliwości operowania ceną niemożliwej do zaoferowania przez innych przedsiębiorców, jest sprzeczne z zasadami postępowania w sprawach o zamówienia publiczne i bezsprzecznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wyżej przytoczonego artykułu 3 ustęp 1 *ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – przyp. red.* Dodać należy, że celem Ustawy prawo zamówień publicznych, umożliwiających tworzenie Konsorcjów, było umożliwienie łączenia potencjałów małych podmiotów gospodarczych, które działając samodzielnie nie byłby w stanie sprostać zadaniu nałożonemu w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych. Nie chodziło natomiast ustawodawcy o to, aby umożliwić tworzenie Konsorcjów w celu zwolnień z podatku VAT i przez to umożliwienia złożenia oferty o niższej cenie niż oferty wykonawców konkurencyjnych.

#### **Art. 89 ust. 1 pkt 4**

#### **105. Sygn. akt: KIO 1802/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r.**

Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zadecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (*vide*: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88).

#### **106. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.**

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pew-



ne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzezona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

### **107. Sygn. akt: II Ca 1601/15, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 19 stycznia 2016 r.**

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zważyć należało, iż pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. Niemniej na kanwie przepisu art. 90 ust. 1 PZP ustawodawca przewidział, że oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z ceną rażąco niską, należy dokonywać w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, tj. konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Innymi słowy, odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy zatem zbadać czy zaferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia. W dotychczasowym orzecznictwie sądów powszechnych oraz Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało się stanowisko, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (por. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/ UZP 258/08). Za rażąco niską cenę należy uznać zatem cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe lub też wyko-



nianie go za taką cenę groziłoby niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (por. wyroki Zespołu Arbitrów: z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07; z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0- 696/07).

### **Art. 89 ust. 1 pkt 6**

#### **108. Sygn. akt: KIO 2060/16, 2100/16, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r.**

Na wstępie, za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Bydgoszczy z dnia 26 września 2011 r. sygn. akt I SA/Bd 340/11 wskazać należy, iż nie ma normatywnie określonych kryteriów, które pozwalałaby w sposób precyzyjny ustalić, kiedy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitych zasad". Dlatego też należy stwierdzić, iż nie ma przepisów w ustawie o VAT, regulujących możliwość opodatkowania transakcji złożonych, składających się na przedmiot zamówienia jednolitą stawką podatkową. Stawka podatku VAT dla świadczonych usług zależy od ich rodzaju. Klasyfikacja podatkowa na usługi ma kolosalne znaczenie, gdyż decyduje, czy dana usługa objęta jest stawką 23%, 8%, 0%, a może w ogóle zwolniona od podatku. Jednakże, jeżeli wykonywaniu jednej usługi towarzyszą inne, to mogą one wraz z usługą główną tworzyć tzw. usługę kompleksową. Pojęcie to nie także występuje w ustawie o podatku od towarów i usług – zostało ukształtowane przez doktrynę i orzecznictwo. Wskazać należy chociażby na wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise (Wielka Brytania); z dnia 27 października 2005 r. sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV v. Staatssecretaris van Financien, czy w wyroku z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie 111/05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket.

Na tym, jak ocenić daną usługę kompleksową dla celów podatku VAT, powstaje szereg wątpliwości, np. czy miało miejsce spełnienie jednego świadczenia, czy też wielu, a tym samym czy dokonano jednej, czy też wielu operacji gospodarczych. Wypracowana na gruncie orzecznictwa koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) i jednolitego ich opodatkowywania, w sensie normatywnym opiera się jedynie na bardzo ogólnych definicjach dostawy i świadczenia usług, a w pozostałym zakresie bazuje na pewnym, wywodzonym ze względów systemowych, podejściu do tego zagadnienia, mającym zapewnić zagwarantowanie funkcjonalności systemu podatku od wartości dodanej oraz zachowanie jego związku z realnymi zjawiskami ekonomicznymi. Dlatego też każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości – jednego świadczenia.

W tym zakresie podkreślić należy także, iż co do zasady jedna usługa podlega jednej stawce podatku VAT, jednakże możliwe jest objęcie jedną stawką podatkową określonych składników tej usługi kompleksowej, jeżeli z opisanych w wymaganiach SIWZ postanowieniach, wyraźnie wynika taka konieczność. Oznacza to, że okoliczność, iż określone usługi stanowią jeden przedmiot zamówienia, który z jednej strony obejmuje usługę główną objętą preferencyjną stawką podatku VAT oraz z drugiej strony usługi wyłączone z tej preferencji, to taka sytuacja nie stoi na przeszkodzie temu, aby od usług wyłączonych z preferencji pobierany był podatek według stawki dla usługi głównej – podstawowej. Należy jednak mieć na względzie, że zasadą jest opodatkowanie towarów i usług stawką podstawową, natomiast stawki obniżone mają zastosowanie wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług, których kategorie są określone w załączniku nr III do ustawy. Tym samym możliwość zastosowania obniżonej

stawki podatkowej jako wyjątek od zasady powinny być interpretowane ściśle, gdyż stanowią odstępstwo od ogólnej zasady opodatkowania towarów i usług stawką podstawową. Dlatego też tym bardziej, jeśli usługa podstawowa jest opodatkowana stawką preferencyjną, to niezbędna jest bardzo rozważna analiza możliwości podciągnięcia pod tą preferencyjną stawkę innych usług, jej towarzyszących.

Ze wskazanych powyżej wyroków ETS dotyczących świadczeń kompleksowych, adekwatnych do sytuacji stanu faktycznego tego postępowania, zasadnym wydaje się przywołanie wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, w którym ETS stwierdził, że „W celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT”. Trybunał wskazał także, iż „pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, iż Trybunał zaakcentował rolę – element ekonomiczny danej usługi z perspektywy jej nabywcy. Nadto jednoznacznie podkreślił, iż sposób opodatkowania świadczenia nie może być zależny jedynie od woli stron transakcji. Każde świadczenie usług powinno być co do zasady uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Tym samym, jeśli dana transakcja składa się z szeregu świadczeń i czynności, należy uwzględnić wszystkie okoliczności, w jakich jest dokonywana rozpatrywana transakcja. Trybunał wskazał także, że jeżeli w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Podkreślenia wymaga także kwestia, iż ze świadczeniem złożonym mamy do czynienia w sytuacji dostawy powiązanych ze sobą towarów lub usług (bądź też towarów wraz z usługą) w taki sposób, że stanowią one pewną nierozzerwalną całość oferowaną kontrahentowi. Usługą pomocniczą jest taka usługa, która nie stanowi celu samego w sobie, lecz służy do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej i gdy nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Jako przykład w tym zakresie można przedstawić stanowisko Rzecznika Generalnego ETS zawarte w jego opinii złożonej do sprawy z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekerings BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, gdzie wskazał, że np. takiego nierozzerwalnego związku pomiędzy dwoma świadczeniami można dopatrzeć się w sytuacji zamawiania dostawy standardowego oprogramowania na nośniku oraz żądania Zamawiającego przystosowanie tego oprogramowania do specyficznych jego potrzeb. W tej sytuacji obiektywnie nie jest możliwe wykonanie usługi przystosowawczej – nie można wykonać osobno, jeżeli wcześniej nie dostarczono oprogramowania bazowego, na którym można dokonać jego adaptacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego wskazanego w obu odwołaniach stwierdzić należy iż przedmiotem sporu jest kwestia prawidłowości opodatkowania usługi inwentaryzacji geodezyjnej. W tym zakresie za istotne należy wskazać na kwestie,

iz *de facto* w postępowaniu jest mowa o dwóch zupełnie różnych stanach faktycznych, kiedy będą wykonywane „pomiaru powierzchni”. Pierwsza, to usługa zamawiana przez Zamawiającego, której celem jest dokonanie inwentaryzacji terenów mających dookreślić zarówno dla tych postępowań, jak i następnych, powierzchnię koszenia na terenach przylegających do opisanego w SIWZ odcinka autostrady A4. Natomiast kolejna mająca być wykonana przez wykonawcę czynnością pomiarową, nie jest usługą zamawianą przez Zamawiającego, lecz czynnością wykonawcy, polegającą na dokonaniu pomiarów terenów poddanych koszeniu, na polecenie Kierownika Służby Liniowej. Jest to czynność obmiarowa wykonywana na potrzeby wykonawcy dla wykazania w fakturze należności za wykonanie koszenia trawy na wskazanym terenie.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że wykonanie usługi geodezyjnej, pomimo iż zostało objęte przedmiotem zamówienia, nie ma nierozzerwalnego związku z usługą główną – koszeniem traw. Stanowi ona dla Zamawiającego samodzielną wartość w stosunku do usługi głównej opodatkowanej stawką preferencyjną podatku VAT, gdyż ustalone wielkości powierzchni mogą być stosowane w kolejnych zamówieniach Zamawiającego dotyczących terenu objętych pomiarami geodezyjnymi. W tych postępowaniach służy tylko do dookreślenia powierzchni terenów wskazanych w SIWZ, które mogą być (na zlecenie kierownika służby liniowej) poddane koszeniu czy innym zabiegom pielęgnacyjnym. Dlatego też Izba stwierdza, że aby dana pomocnicza usługa mogła być uznana za element kompleksowej usługi, winna służyć bezpośrednio realizacji głównej usługi. Z połączenia usługi pomiarów geodezyjnych z usługą koszenia traw i pielęgnacją drzew i krzewów nie powstaje jednolite i niepodzielne świadczenie gospodarcze. Tak więc usługa koszenia traw i usługa wykonywania pomiarów geodezyjnych, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane podatkiem VAT. Dla prawidłowego wykonania czynności składających się na usługę koszenia traw i pielęgnacji zieleni nie jest niezbędne wykonanie usługi inwentaryzacji geodezyjnej. Ma ona pośrednie znaczenie dla określenia powierzchni do koszenia mogących być objętą tymi zamówieniami i stwarza pewną wygodę dla Zamawiającego, dla określania zlecanych do koszenia powierzchni, ale należy także stwierdzić, iż brak wykonania tej usługi nie uniemożliwia wykonania tego zamówienia w zakresie usługi koszenia traw. (...)

Zwrócić uwagę należy także na fakt, iż w przypadku oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT nie jest szczególnie istotne uzyskanie stanowiska wykonawcy w tym zakresie, gdyż jak wyżej wskazano prawo podatkowe zachowuje pewną autonomiczność wobec innych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego. Dlatego też postanowienia SIWZ nie mogą mieć decydującego znaczenia i wpływu na wysokość opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Swoboda w opisie przedmiotu zamówienia i interpretacja postanowień SIWZ przez wykonawców w zakresie spraw podatkowych, nie może przekładać się w sposób bezpośredni na obowiązek podatkowy wykonawcy i nie należy z nich wywodzić stawek podatku VAT. Dlatego też dla prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego właściwej stawki podatkowej istotne znaczenie mają przepisy prawa podatkowego, a nie argumentacja wykonawcy.

### **109. Sygn. akt: KIO 2222/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r.**

W ocenie Izby istnieje ugruntowane i jednolite orzecznictwo Izby, z którego wynika, że nie da się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poglądu, że stawka podatkowa, na podstawie której dokonuje się obliczenia ceny ofertowej ma być ustalana na podstawie zdarzeń prawnych, które nastąpią lub mogą nastąpić w toku realizacji zamówienia. W ocenie Izby rację należy przyznać przystępującemu, że jedynym pewnym momentem znanym wszystkim wykonawcom w jednakowy sposób jest moment terminu składania ofert. Tylko w tej dacie wszyscy wykonawcy dysponują tymi samymi informacjami

pozwalającymi im na ustalenie, jaka jest obowiązująca stawka podatku VAT. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, to oznaczałoby to tak naprawdę nałożenie na wykonawcę konieczności przewidywania jaka będzie obowiązująca stawka podatkowa w całym toku realizacji umowy. Przy podejściu odwołującego należałoby oczekiwać, że będzie on prognozował stawkę nie tylko na rok 2017 r., a także przewidzi jej wysokość w każdym roku realizacji zamówienia. W ocenie Izby to oczekiwanie jest nierealne i prowadziłoby do sytuacji nieporównywalności ofert, bo ktoś założyłby niezmienną stawkę w całym toku realizacji umowy, a inny uznawałby, że stawka ta w jakimś okresie czasu będzie zmieniona. Dlatego w ocenie Izby w ugruntowanym orzecznictwie przyjęto, że jedynie ustalenie stawki podatku VAT dla celów obliczenia ceny oferty na datę składania ofert zapewni ich porównywalność. Teza ta jest wyrażana w jednakowy sposób niezależnie od tego na jakim stopniu zaawansowania znajdują się prace legislacyjne, ani od tego, czy dane przepisy zostały już uchwalone. W tym stanie rzeczy Izba stanęła na stanowisku, że ponieważ przepis art. 83 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy o VAT w dacie obowiązującej na dzień składania oferty dotyczył jedynie dostaw armatorom morskim, a zamawiający takim armatorem nie jest, to odwołujący choćby z tego powodu nie wykazał, że miał prawo do zastosowania stawki preferencyjnej 0%. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego i jej odrzucenie.

#### **110. Sygn. akt: XXIII Ga 314/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

Rozstrzygnięcie podnoszonych zarzutów sprowadza się w istocie do ustalenia, czy postępowanie dotyczy świadczenia o charakterze kompleksowym i w związku z tym ustalenia, że wykonawcy powinni zastosować w złożonych ofertach jednolitą stawkę podatku VAT na poziomie 23%, czy też postępowanie dotyczy szeregu świadczeń odrębnych i przyjęcia dwóch stawek: 23% oraz stawki VAT zwolniona (w odniesieniu do szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń).

Zarówno Izba, jak i Strony zgodnie wskazały, że pojęcie „świadczeń złożonych (kompleksowych)” nie zostało wprost zdefiniowane ani w przepisach podatkowych krajowych, ani w przepisach unijnych. Wypracowane natomiast zostało w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz orzecznictwie krajowym na tle konkretnych stanów faktycznych. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że „(...) jeżeli dwa świadczenia lub więcej (...) są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej”. Podobnie Trybunał – w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 stwierdził, że „Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W takiej sytuacji fakt, iż stosowana jest jedna cena nie ma decydującego znaczenia.”

Analogiczne koncepcje świadczeń złożonych wypracowane zostały przez krajowe orzecznictwo. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 maja 2002 r. (sygn. akt III RN 66/01) stwierdził, że: „Podział jednorodnej, kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT”.

Problematyka ustalania stawki podatkowej w przypadku czynności o charakterze kompleksowym była przedmiotem rozważań zarówno Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ugruntowane jest stanowisko, że nawet w przypadku usług kompleksowych składających się z kilku czynności w sytuacji, gdy czynności te w aspekcie gospodarczym tworzą

jedną całość i rozdzielenie ich miałyby sztuczny charakter, to wszystkie te czynności, czy świadczenia stanowią jednolite świadczenia dla celów podatku VAT. Dzielą one niejako los świadczenia głównego. Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. (sygn. akt I FSK 232/08) wskazał, że „W przypadku czynności o kompleksowym charakterze (...), na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej”. Przedstawione stanowisko można uznać za ugruntowane w orzecznictwie (podobnie NSA orzekał w wyroku z dnia 25 stycznia 2007 r. sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r., sygn. akt I FSK 1946/07).

Sąd Okręgowy podziela argumentację Izby, że dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym to świadczenie główne, mające zasadniczy charakter dla Zamawiającego. Natomiast świadczenia w postaci przeprowadzenia szkoleń z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji tych urządzeń oraz świadczenia usługi utrzymania urządzeń to świadczenia mające charakter pomocniczy w stosunku do świadczenia głównego i nie mają one samodzielnego charakteru.

#### **111. Sygn. akt: XII Ga 405/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 7 października 2015 r.**

(...) wskazać należy na treść art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Skarżący błędnie tego niewątpliwie upatrywał w tym, że zamawiający w jego przekonaniu nie zbadał poprawności obliczenia ceny przez wykonawców, w tym nie sprawdził poprawności elementu ceny, jakim jest podatek VAT. W odniesieniu do powyższego wyjaśnienia wymaga, że w okolicznościach sprawy, kwestia zastosowania stawki podatku VAT nie stanowi o błędzie w obliczeniu ceny w rozumieniu tego przepisu. Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r., III CZP 52/11, (...) 2012/4/44, (...), Biul.SN 2011/10/7), wiążącej Sąd Okręgowy przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy, wskazał, iż podanie przez wykonawcę w ofercie ceny brutto z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W niniejszej sprawie zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konkretnej stawki podatku VAT, dlatego nie można przyjąć, że wykonawca w złożonej ofercie – podając jedynie cenę brutto, dopuścił się omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Brak jest bowiem przesłanki niezgodności oferty z SIWZ, skoro specyfikacja nie wskazywała żadnej konkretnej stawki podatku VAT.

#### **Art. 89 ust. 1 pkt 7b**

#### **112. Sygn. akt: KIO 2062/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r.**

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przewiduje sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy, który m.in. nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą *faktualnie przepisowi temu odpowiada art. 89 ust. 1 pkt 7b stanowiący przesłankę do odrzucenia oferty – przyp. red.J.* Z kolei z przepisu art. 85 ust. 4 Pzp wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ocenie składu orzekającego z przepisów tych należy wyprowadzić wniosek, że termin upływu ważności wadium musi pokrywać się z terminem związania ofertą. Ze względu na istotną rolę wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest ogólne



rzecz ujmując ochrona zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, interpretacja przepisów Pzp mających cel ten urzeczywistnić, musi być traktowana rygorystycznie. (...)

Izba stwierdziła, że przywołane w uzasadnieniu odwołania orzecznictwo KIO nie było adekwatne do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, jako że dotyczyło problematyki jednoczesności przedłużania terminu związania ofertą i ważności (wnoszenia nowego) wadium. Jakkolwiek można zastanawiać się, czy część podniesionych w nim argumentów przemawiających za liberalizacją interpretacji pojęcia jednoczesności nie można byłoby odnieść również do kwestii tożsamości terminu związania ofertą i ważności wadium, to jednak skład orzekający uznał, że przychylenie się do stanowiska Odwołującego stanowiłoby niebezpieczny precedens. Na jego podstawie można byłoby bowiem wywodzić, że także składając ofertę wystarczy jedynie zadeklarować wymagany przez zamawiającego termin związania ofertą, a ważność wadium wnoszonego w formie gwarancji oznaczyć na czas krótszy. Wówczas jednak to wykonawca decydowałby, w którym momencie wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dezorganizując procedurę udzielania zamówienia publicznego.

### **113. Sygn. akt: KIO 2332/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Z tego względu, iż w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej mamy do czynienia, jak wskazano powyżej, z „jednostronnym oświadczeniem woli Gwaranta, które dotyczy abstrakcyjnego zobowiązania niezależnego od umowy łączącej Gwaranta z podmiotem, który wnioskował o wystawienie gwarancji” to właśnie wyłącznie oświadczenie woli Gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium wniesionego w tej formie. (...) Zdaniem składu orzekającego Izby wskazanie innego (krótszego) niż wymagany przez zamawiającego okresu ważności gwarancji nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej (...).

Odwołujący oczekiwał tymczasem zbadania przez zamawiającego nie tylko treści dokumentu, ale także okoliczności, w których oświadczenie gwaranta zostało złożone. Odwołujący obojętnie zastosowania przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wykładni oświadczenia woli ubezpieczyciela art. 65 § 1 k.c. wyprowadził z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowiska tego skład orzekający Izby nie podzielili. Wskazać należy, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca przewiduje zatem „jedynie” w przypadku czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców. Nie jest więc możliwe ich stosowanie (w tym art. 65 § 1) w przypadku czynności (oświadczeń) innych podmiotów, np. gwaranta (ubezpieczyciela). Biorąc powyższe pod uwagę oparcie się przez zamawiającego, przy ocenie skuteczności złożonego przez odwołującego wadium, wyłącznie na treści dokumentów, którymi zamawiający dysponował przed upływem terminu składania ofert – na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej Nr (...) oraz Aneksie Nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. złożonym wraz z ofertą, w szczególności z pominięciem wyjaśnień ubezpieczyciela z dnia 4 listopada 2016 r., skład orzekający Izby uznał za prawidłowe. Skład orzekający Izby uznał także, że złożony po upływie terminu składania ofert Aneks nr 1 z dnia 3 listopada 2016 r. stanowi nowy dokument, który nie mógł zostać przez zamawiającego uwzględniony, ponieważ – o czym mowa poniżej (drugi zarzut) – uzupełnienie dokumentu wadialnego nie jest dopuszczalne.

### **114. Sygn. akt: XIX Ga 151/15, Wyrok SO w Katowicach z 16 kwietnia 2015 r.**

Wykonawca nie tylko nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale przede wszystkim nie przedłużył ważności wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) ani nie

złożył nowego wadium. Powoływanie się przez wykonawcę na okoliczność beczynności zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty bowiem od daty ostatniej aukcji do upływu terminu związania ofertami upłynęło 21 dni, nie zwalniało wykonawcy, który chciał brać udział w zamówieniu publicznym, od obowiązku zabezpieczenia oferty ważnym wadium. Jedyne na marginesie należy wskazać, że w przypadku aukcji elektronicznej, zamawiający zamyka tę aukcję w terminie wskazanym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak w postępowaniu, którego elementem jest przeprowadzenie aukcji elektronicznej, bieg terminu związania ofertą pisaną – wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie ulega przerwaniu w wyniku składania kolejnych postąpień. Wykonawca cały czas jest związany tą częścią oferty, która nie zmienia się w wyniku składania postąpień, natomiast w przypadku części zmiennej wiąże go treść ostatniego postąpienia, aż do czasu przebiccia przez innego wykonawcę.

Po zakończeniu aukcji elektronicznej, zamawiający, stosując postanowienia art. 90 ustawy Prawo Zamówień Publicznych obowiązany jest wyjaśnić ewentualne wątpliwości co do cen zaproponowanych w postąpieniach – w szczególności wobec oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, a także już po zamknięciu aukcji odrzucić ofertę (zwycięską), jeżeli zawarta w niej cena byłaby rażąco niska. Tak więc przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem aukcji elektronicznej jako metody wyboru najkorzystniejszej oferty, pozostaje bez wpływu na termin związania ofertą wskazany w SIWZ.

### **115. Sygn. akt: VIII Ga 280/15, Wyrok SO w Bydgoszczy z 13 stycznia 2016 r.**

Bezspornie w niniejszej sprawie w tej dacie X wystawił gwarancję wskazując na beneficjenta Y Oddział w B. niezgodną z teścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która wskazywała na Skarb Państwa – Y. (...)

Spór zatem w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny czy przedłożona gwarancja była gwarancją prawidłową i dawała pewność i natychmiastowość zaspokojenia Zamawiającemu. Sąd Okręgowy na tak postawione pytanie odpowiedział twierdząco. Podstawą takiego stanowiska jest w szczególności analiza linii orzeczniczej Sądu Najwyższego z ostatnich kilku lat w omawianym zakresie. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, iż nieprawidłowe nazwanie uczestnika postępowania, któremu na mocy art. 165 ust 1 Konstytucji RP przysługuje osobowość prawna, a przez to zdolność sądowa na podstawie art. 64 § 1 k.p.c. rodzi jedynie powinność sprostowania tego oznaczenia dokonywanego w trybie art 350 k.p.c., a w przypadkach umów materialnoprawnych nie powoduje ich nieważności (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2012 r. II CSK 204/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2014 r. IV CSK 716/13, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2014 r. II CSK 781/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2012 r. III CSK 247/11).

Sąd Okręgowy nie znajduje zatem żadnego jurydycznego uzasadnienia, aby nie przyjąć ww. poglądów w niniejszej sprawie i nie dokonać wykładni oświadczenia woli w bardzo ograniczonym zakresie, albowiem nie budzi żadnych wątpliwości, iż Y Oddział w B. jest właśnie emanacją Skarbu Państwa. W niniejszej sprawie prawa beneficjenta mogły być zatem egzekwowane przez podmiot uprawniony do reprezentacji tej jednostki, tj. Dyrektora Oddziału na wskazany w gwarancji rachunek bankowy, który rzecz jasna należy do Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Y.

Zgodnie z art. 34 k.c. Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków. Każda zatem czynność cywilnoprawna jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa wywiera w sferze przepisów prawa ten skutek, że jest to czynność Skarbu Państwa. Materialnoprawna konstrukcja jednolitości Skarbu Państwa jako osoby prawnej ma to znaczenie, że wskazanie w pozwie czy umowie jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa nie ma wpływu na jego oznaczenie jako strony postępowania czy umowy, którą zawsze jest Skarb

Państwa. Tym samym stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do stwierdzenia, iż zamawiający wskazany w gwarancji bankowej jest identyfikowalny, gdyż działania oddziału Y są działaniami właśnie Skarbu Państwa zasługuje na akceptację.

### **Art. 90 ust. 1 – 3**

#### **116. Sygn. akt: KIO 1748/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r.**

Jakkolwiek w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie ma ograniczeń co do możliwości jedynie jednokrotnego skorzystania przez zamawiającego z przedmiotowej instytucji, to w orzecznictwie wypracowano pogląd, iż biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na względzie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy kierować co do zasady do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe jedynie w okolicznościach, w których złożone wyjaśnienia rodzą kolejne wątpliwości, a więc treść zawarta w wyjaśnieniach pozostaje dla zamawiającego niejasna.

W żadnym zaś razie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień nie może prowadzić do uzupełnienia wyjaśnień już złożonych, tym bardziej w sytuacji, w której wykonawca na wezwanie zamawiającego zaniechał udzielenia wyjaśnień w pełnym zakresie. Ponadto, zwrócić należy uwagę, że procedura wyjaśnień nie może być traktowana przez zamawiającego jako instytucja możliwa do wykorzystania dopóty, dopóki zamawiający nie uzyska dla siebie satysfakcjonujących wyjaśnień. Procedura wielokrotnego wzywiania do wyjaśnień jest nie do zaakceptowania również i z tej przyczyny, zwłaszcza w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że pozostawałby problem, ile razy danego wykonawcę należy wezwać do złożenia wyjaśnień, gdzie jest granica pomiędzy wyjaśnieniem a nakłanianiem do złożenia wyjaśnień o określonej treści, wreszcie ze względu na prymat subiektywnej oceny zamawiającego w tym przedmiocie.

#### **117. Sygn. akt: KIO 1709/16, Wyrok KIO z dnia 4 października 2016 r.**

Przede wszystkim zauważenia wymaga, że Ustawa Prawo zamówień publicznych określa sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na

wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

### **118. Sygn. akt: KIO 1851/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r.**

Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia i oferty. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc...* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

### **119. Sygn. akt: KIO 1866/16, Wyrok KIO z dnia 19 października 2016 r.**

Tymczasem złożone przez przystępującą wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają ceny wskazanej przez nią w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy cena jest realna, skoro nie została poparta żadnymi dowodami, zaś złożone wyjaśnienia są ogólne i nie znajdują przełożenia na przyjęte przez przystępującą składniki cenotwórcze. Przystępująca wskazała co prawda na takie okoliczności, jak posiadanie korzystnej umowy z dostawcą paliwa oraz z dostawcą soli, korzystne umowy z jednostkami organizacyjnymi Miasta Ł. itp., jednak nie wykazała, w jaki sposób okoliczności te wpływają na obniżenie ceny. W szczególności nie podała szczegółowych konkretnych kwot, wynikających ze wskazanych umów, wysokości opustów itp. Umowy, na które powoływała się przystępująca, nie zostały przedłożone jako dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Pełnomocnik przystępującej na rozprawie w dniu 19 października 2016 roku podnosił, iż umowy nie zostały złożone z uwagi na lojalność wobec kontrahenta. Izba wskazuje, iż ustawa P.z.p. przewiduje możliwości zabezpieczenia się przed ujawnieniem niektórych dokumentów czy informacji poprzez ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępująca z takiej możliwości nie skorzystała. Podkreślić należy, iż część okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach przystępującej – jak słusznie podnosił odwołujący – dotyczy również innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, np. sezonowość i związana z nią różna specyfika prac. Jeżeli wobec przystępującej okoliczności te miały inny wpływ na cenę niż w przypadku pozostałych wykonawców, należało to wykazać i udowodnić. Z kolei złożona przez przystępującą kalkulacja jest bardzo ogólna, mimo że zamawiający w wezwaniu zażądał szczegółowej kalkulacji ceny oferty, zawierającej koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i ujmującej poszczególne elementy przedmiotowego zamówienia (tj. wszystkie rodzaje usług). Tym samym, wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności zaoferowanej ceny jest po prostu niemożliwa.

### **120. Sygn. akt: KIO 1887/16, Wyrok KIO z dnia 24 października 2016 r.**

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie określa, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia kwestii związanych z kalkulacją ceny oferty. W świetle aktualnego orzecznictwa należy przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie

i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający powinien w toku postępowania przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy wykonawca zachowuje się biernie w tym zakresie, udzielając informacji jedynie ogólnych lub np. nieodpowiadających na konkretne pytania zamawiającego. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu musi być bezstronne, nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannym stosunku wykonawcy, należy uznać za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Brak rzetelności i staranności wykonawcy w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych przez zamawiającego.

### **121. Sygn. akt: KIO 1905/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r.**

Odwołujący dwukrotnie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, złożył wyjaśnienia, tj. pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. i pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r. Szczegółowa analiza wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wskazuje, że zawierają one liczne i wyraźne wewnętrzne sprzeczności. Wyjaśnienia złożone w zakresie niektórych elementów oferty nie są spójne i wykazują niezgodności z wyjaśnieniami w innym zakresie. Niespójność wyjaśnień wynika także m.in. z faktu, że Odwołujący w wyjaśnieniach udzielonych później korygował wyjaśnienia wcześniejsze. Powyższe istotnie podważa wiarygodność wyjaśnień złożonych zarówno na pierwsze jak i na drugie wezwanie.

W konsekwencji, oceniając złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, należało uznać, iż potwierdzają one, że dokonana przez Odwołującego kalkulacja ceny oferty została wykonana nieprawidłowo, bowiem nie uwzględnia wszystkich okoliczności, które Odwołujący powinien przyjąć do wyceny oferty, określonych w OPZ, w tym wymagań opisanych w pkt 3, pkt 3.2, pkt 3.1.3 i 3.18, pkt 4.2.5 ppkt 23, pkt 4.2.5 ppkt 20, 21, 22 i 24 OPZ. Okoliczności i wymagania nieuwzględnione przez wykonawcę przy kalkulacji oferty mają istotny wpływ na cenę oferty. W tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko przedstawione przez Zamawiającego.

### **122. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r.**

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca – powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.



Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa.” Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji”. Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: „iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.” Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

### **123. Sygn. akt: KIO 2007/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

Izba zważyła, że co do zasady fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia na żądanie Zamawiającego informacji co do sposobu kalkulacji ceny oferty, w celu wykazania, że zaoferowana cena jest realna

i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego ani w formie szczegółowej, ani w uproszczonej. Ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia były przedstawione w ofercie – w Tabeli Elementów Scalonych, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, chociaż Zamawiający może wymagać przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty o charakterze ryczałtowym, to nie może żądać pełnych szczegółowych kosztorysów ofertowych sporządzanych tak, jak przy kosztorysowym rodzaju wynagrodzenia. Wykonawca może bowiem w tym przypadku przedstawić kalkulacje własne, oparte na ofertach podwykonawców/dostawców, zawierających ceny ryczałtowe za wykonanie poszczególnych elementów robót. Zamawiający zażądał w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. szczegółowych kosztorysów pełnego zakresu robót, w tym również szczegółowych kosztorysów poszczególnych elementów robót oferowanych przez podwykonawców, podczas gdy w przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy mogą przyjąć taki sposób obliczania ceny (metodę), jaki uważają za najkorzystniejszy, ale nie naruszający zasady równych praw. Zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców. (...) wobec braku wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, aby wszcząć procedurę z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający musi przedstawić konkretne okoliczności uzasadniające takie wezwanie. Zamawiający musi wskazać wystąpienie w danym przypadku okoliczności uzasadniających podjęcie procedury weryfikacji, czy dana cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp bez podania konkretnego obiektywnego uzasadnienia faktycznego powstałych wątpliwości co do realności i rzetelności ceny danej oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia.

#### **124. Sygn. akt: KIO 2036/16, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2016 r.**

W przywołanych postanowieniach SIWZ zamawiający przesądził jednoznacznie, że wykonawca otrzymana wynagrodzenie w wysokości będącej iloczynem cen jednostkowych wynikających z kosztorysu ofertowego i obmiaru rzeczywiście wykonanych robót. Przy takim charakterze wynagrodzenia jeszcze większego znaczenia nabrała prawidłowość kalkulacji co najmniej najistotniejszych cen jednostkowych. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym to właśnie te ceny jednostkowe, a nie cena globalna podana w ofercie, w ostatecznym rozrachunku decydują o tym, jakie wynagrodzenie osiągnie wykonawca. Zamawiający miał zatem prawo dodatkowo zobowiązać wykonawców do przedstawienia w szczegółach sposobu kalkulacji dla cen jednostkowych, które budziły jego wątpliwości.

#### **125. Sygn. akt: KIO 2017/16, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r.**

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaferował rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu, nie podał realnych wartości obniżających cenę i nie odniósł się do konkretów. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Stanowisko wykonawcy, który nie wskazuje realnych i konkretnych budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ wykonawca ten skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty.

Tymczasem złożone przez przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy przyjęte staw-

ki są stawkami realnymi, skoro nie zostały poparte żadną kalkulacją, pozwalającą na ustalenie wartości kosztów. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

### **126. Sygn. akt: KIO 2064/16, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r.**

Należy zauważyć, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ocena, czy cena nie jest rażąco niska nie może być uzasadniona jedynie wyliczeniem arytmetycznym. Stąd ustawodawca krajowy przewidział potrzebę umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień w celu wykazania przed Zamawiającym, iż cena nie jest rażąco niska. Nie można zatem automatycznie dyskwalifikować oferty bez zapoznania się z wyjaśnieniami i dowodami, jakie na ich poparcie może złożyć wykonawca. Jednocześnie na wykonawcy wezwanym spoczywa ciężar wykazania w drodze wyjaśnień, iż nie zachodzi podstawa do odrzucenia jego oferty. (...) wyjaśnienia w części w jakiej odnosiły się do ogólnych założeń mających identyfikować sprzyjające temu wykonawcy uwarunkowania, nie mogły być uznane za konkretne i identyfikujące rzeczywistą sytuację pozwalającą na obniżenie kosztów na poziomie uzasadniającym tak znaczącą różnicę ceny do wartości zamówienia oraz cen innych ofert. Przywołane przez wykonawcę okoliczności dotyczące dostępnej kadry wysokiej klasy specjalistów w żaden sposób nie różnicuje sytuacji wykonawców w tym postępowaniu, gdyż każdy z nich musiał zapewnić udział inspektorów nadzoru w wymaganej branży z uprawnieniami, bez których nie byłoby możliwym wykonanie przedmiotu świadczenia. Kwestia uzgodnionego korzystnego poziomu wynagrodzenia nie została w żaden sposób wykazana, np., przez przedstawienie stosownego dokumentu (np. umowy o współpracy, zlecenia, chociażby na rzecz innych zamówień realizowanych z udziałem tych samych osób przy innych zamówieniach obecnie realizowanych na rzecz Zamawiającego). Pozostałe okoliczności budziły natomiast wątpliwości, co do możliwości ich wpływu na obniżenie kosztów po stronie wykonawcy. Przede wszystkim nie można przyjąć, iż przyjęcie dwóch funkcji przez jedną osobę powoduje obniżenie wynagrodzenia, w szczególności do poziomu wskazanego w wyjaśnieniach, tj. 2.800,00 zł dla jednego inspektora nadzoru. Wręcz przeciwnie, doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, iż większy zakres obowiązków oznacza większe wynagrodzenie dla inspektora nadzoru. Wyjaśnienia wykonawcy w ogóle nie uwzględniały różnicy poziomu wynagrodzenia przyjętego dla kalkulacji kosztów, chociaż dwóch spośród trzech inspektorów wskazanych w ofercie ma mieć większy zakres obowiązków. Powyższe zatem nie pozwala przyjąć, że kalkulacja wykonawcy była rzetelna.

### **127. Sygn. akt: KIO 2062/16, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r.**

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań należy uczynić stwierdzenie, że badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne niezależnie od przyjętego przez zamawiającego modelu rozliczenia z wykonawcą należnego mu wynagrodzenia, ponieważ ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Niezależnie od modelu wynagrodzenia badaniu podlegają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, co również wynika z treści przywołanego przepisu. Odwołujący wprawdzie trafnie argumentował, że ocenie podlegać powinna zasadniczo cena całkowita oferty, a nie jej poszczególne składowe, tym niemniej zaniżona wycena określonych elementów kalkulacji, nieznajdująca pokrycia w innych jej pozycjach, a nadto przenosząca deklarowany zysk z realizacji inwestycji, stanowić może podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość robót niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla

zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce chociażby w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione, przykładowo, na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Argumentów podważających zasadność badania rażąco niskiej ceny w ofercie, w której wynagrodzenie ma charakter ryczałtu, nie można również poszukiwać w formule, w jakiej realizowane będzie zamówienie. Okoliczność, że zamawiający przyjął formułę „zaprojektuj i wybuduj” nie zwalnia wykonawcy z obowiązku rzetelnego wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny oferty. Ergo, wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie może się powoływać na okoliczność, że – z jednej strony – szczegółowe rozwiązania projektowe nie są w tej chwili znane, ponieważ stanowią składową przedmiotu zamówienia, wobec czego stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty są nieuzasadnione, z drugiej zaś – że rozwiązania, które dopiero zostaną przyjęte przez wykonawcę, stanowią obecnie dowód na realność ceny jego oferty. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które ma zostać zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” dysponuje przecież informacjami niezbędnymi do sporządzenia oferty w postaci PFU, za pomocą którego – w świetle przepisu art. 31 ust. 2 Pzp – opisuje się przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. To na ich podstawie wykonawca ma przygotować merytoryczną treść oferty, a także jej wycenę. Ewentualne późniejsze zmiany sposobu realizacji zamówienia z uwagi na przyjęte szczegółowe rozwiązania projektowe i ich wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie mogą stanowić argumentu na etapie składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Należy zresztą zauważyć, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający przynajmniej częściowo narzucił sposób skalkulowania ceny oferty, czego dowodem jest załączona do Wezwania nr 1 tabela, a Odwołujący na takie działanie przystał, bowiem w Wyjaśnieniach nr 1 zawarł kalkulację sporządzoną na udostępnionym przez Zamawiającego wzorze.

### **128. Sygn. akt: KIO 2344/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Izba stwierdziła, że rzeczywiście złożone przez obu konkurencyjnych wykonawców wyjaśnienia odnośnie ewentualności rażąco niskiej ceny zawierają część ogólną, jednak sam ten fakt nie może ich deprecjonować, ponieważ wskazują również na konkretne okoliczności, uzasadniające wyliczenie ceny na zaproponowanym poziomie (posiadany sprzęt, potencjał ludzki, umiejscowienie siedziby itp.). Załączono do nich również kalkulację, z którą Odwołujący nie podjął żadnej polemiki. Odwołujący nie próbował wykazać, że za mniej, niż za określoną cenę nie da się wykonać zamówienia, ani że załączone kalkulacje są nierzetelne. Na rozprawie wręcz stwierdził, że opłaty za benzynę (Zamawiający na rozprawie kolejno analizował poszczególne składniki kalkulacji wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia, i m.in. doszedł do wniosku, że jego zdaniem w teże kalkulacji koszt benzyny jest zawyżony) nie są istotą sporu. Jednak Odwołujący podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny, nie może jedynie

poprzestać na stwierdzeniu, że cena jest rażąco niska, a jej wyjaśnienie – niewystarczające. Niezależnie od tego, że ciężar udowodnienia realności zaproponowanej ceny ciąży na wykonawcy, który ją zaproponował (art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), to sformułowanie zarzutu musi przynajmniej dać asumpt składowi orzekającemu do jego rozpatrzenia, a więc, jak już zostało wcześniej w uzasadnieniu podkreślone, zawierać opis podstawy faktycznej. W ocenie składu orzekającego brakło tego w odwołaniu, dlatego Izba zarzut oddaliła.

Z argumentacji Odwołującego na rozprawie wynikało, że podstawy tego, że złożone przez konkurencyjnych wykonawców wyjaśnienia są niewystarczające, Odwołujący upatrywał w tym, że nie załączono do nich – według Odwołującego – żadnych dowodów. Zamawiający w wezwaniu nie wyspecyfikował konkretnych oczekiwanych dokumentów, dlatego inicjatywa w tym zakresie należała do wykonawców, którzy załączyli dokumenty, jakie uznali za właściwe (kalkulacje, wykaz posiadanego sprzętu, zdjęcia posiadanego sprzętu). Z dowodami tymi Odwołujący nie podjął żadnej polemiki, twierdząc jedynie, że należało złożyć inne. W takich okolicznościach Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił swoich racji i nie znalazła podstawy do uwzględnienia zarzutu.

### **129. Sygn. akt: KIO 2374/16, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r.**

Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkuje odrzuceniem oferty (przywołany przepis w tym zakresie nie zmienił się w sposób istotny kolejnymi nowelizacjami). W ocenie Izby oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia – nie stanowi żadnych wyjaśnień. 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. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień. W konsekwencji Odwołujący trafnie zarzucał, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a działanie Zamawiającego polegające na ponownym wezwaniu narusza również art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach przewidzianych przez art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie nieuzasadnionym formalizmem. Przepis art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, nie pozostawiającym żadnego pola do swobodnej interpretacji. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby drugi raz wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień – jest to możliwe wówczas, kiedy pierwsze wyjaśnienia nie są jednoznaczne, względnie Zamawiający oczekuje doprecyzowania niektórych zagadnień. Jednak drugie wezwanie jest nieuprawnione w sytuacji, kiedy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Akceptacja takiej możliwości prowadziłaby do przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Brak złożenia wyjaśnień (za wyjaśnienia nie może być uznane złożenie w określonym wezwaniem terminie jakiegokolwiek pisma o jakiegokolwiek treści) jest bezwzględną przesłanką do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Rzeczywiście „zasada jednokrotnego wezwania” nie została sformułowana w przepisach Prawa zamówień publicznych, jednak trafnie dostrzegł Odwołujący, że wzywaniu wykonawcy „do skutku”, bez uprawnionych ku temu podstaw, a wręcz



wbrew obowiązującym przepisom, narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie.

### **130. Sygn. akt: KIO 2372/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r.**

W badanej sprawie Zamawiający powziął wątpliwości wobec ceny oferty Odwołującego, mając na uwadze zarówno wartość zamówienia, jak i średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Zamawiający wskazał konkretne elementy oferty wymagające wyjaśnienia. Sformułowane pytania zostały opatrzone komentarzem, z którego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji dotyczących tych pozycji. Zamawiający zwrócił się także o przedstawienie dowodów oraz wskazał, że wykonawca może według własnego uznania przedstawić okoliczności, które są przydatne do wyjaśnienia ceny oferty. Treść wezwania jednoznacznie zaprzecza ocenie, iż pytania zawarte w wezwaniu zmierzały właściwie do odpowiedzi TAK lub NIE, co podnosił Odwołujący. Odwołujący wybiórczo odczytuje treść wezwania, podczas gdy z pełnej treści wynika jasno, że wyjaśnienia miały być szczegółowe i wyczerpujące. Zamawiający nie ograniczył przy tym wykonawcy w żaden sposób ani co do zakresu wyjaśnień, ani sposobu ich przedstawienia, ani też zakresu dowodów, które wykonawca uzna za uzasadnione, aby przedstawić wraz z wyjaśnieniami.

Wykonawca miał obowiązek zatem odnieść się do tych elementów w taki sposób, aby wszelkie wątpliwości zostały usunięte. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Tymczasem Odwołujący złożył jedynie ogólne wyjaśnienia, nie przedstawiając rodzajów kosztów oraz ich wysokości, przyjętych do kalkulacji ceny oferty. Nie przedstawił też wiarygodnych i rzeczowych szczególnych okoliczności dostępnych temu wykonawcy, w odróżnieniu od pozostałych wykonawców działających na rynku, które umożliwiają mu skalkulowanie ceny oferty na poziomie niższym niż średnia cena rynkowa (średnia arytmetyczna złożonych ofert). Odwołujący wskazał ponadto na okoliczności (posiadanie gotowych rozwiązań z analogicznego projektu – obwodnica Trójmiasta), które nie uzasadniają powoływania się na nie, jako możliwe do wykorzystania przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie miał podstaw do żądania dalszych wyjaśnień w świetle art. 69 ust. 3 Dyrektywy [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 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) – przyp. red.], gdyż złożone wyjaśnienia nie zawierają informacji potwierdzających posiadanie przez wykonawcę jakichś szczególnych możliwości uzasadniających niższe niż przeciętnie na rynku koszty wykonania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie kontynuowanie wyjaśnień nie było uzasadnione, ponieważ podane przez Odwołującego informacje nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do braku ich wpływu na realną możliwość obniżenia ceny oferty. Ze względu na lakoniczność, ogólnikowość i niekompletność złożonych wyjaśnień kontynuowanie tej procedury wymagałoby *de facto* powtórzenia w znacznej części treści pierwszego wezwania, co stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp, który zobowiązuje wykonawcę do udowodnienia, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Żaden przepis ustawy Pzp nie zobowiązuje Zamawiającego do kontynuowania procedury wyjaśnień w przypadku, gdy sam wykonawca nie dokłada należytej staranności do udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień.

### **131. Sygn. akt: VIII Ga 184/15, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 3 lipca 2015 r.**

(...) przy ocenie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne było odniesienie się do zakresu zamówienia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wartości ofert innych wykonawców, a także informacji o cenach usług, materiałów i wynagrodzeń pracowników w branży leśnej. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, aby zama-

wiający takie okoliczności, dane przy dokonywaniu oceny pominał. Przeczą temu zarówno zobowiązania do złożenia wyjaśnień, jak również zeznania świadka Wojciecha C. Zobowiązania te dotyczyły bowiem uzupełnienia danych dotyczących kosztów i wydajności sprzętu, kosztów wynagrodzeń, przyjętych rozwiązań technicznych, co przy uwzględnieniu charakteru podmiotu organizującego przetarg i posiadanej wiedzy umożliwiło weryfikację złożonych wyjaśnień. Co więcej, powołany powyżej świadek potwierdzał, że komisja przetargowa dokonywała oceny ofert, w tym oferty Rafała H. na podstawie stawek, obowiązujących przy realizowanych inwestycjach, w oparciu o doświadczenie, wiedzę specjalistyczną.

Powołane powyżej okoliczności doprowadziły Sąd odwoławczy do uznania za zasadny zarzut skarżącego, dotyczący błędnej wykładni i przyjęcie, że wykonawca zobowiązany był wykazać, że cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska za pomocą dokumentów. Takie założenie nie wynika wprost z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie ma również podstaw do nadania temu przepisowi takiego znaczenia w drodze wykładni. Co więcej zaprobowanie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w omawianym zakresie skutkowałoby przyjęciem, że wykonawca ma obowiązek wykazywać dokumentami dane dotyczące chociażby cen paliw, co byłoby nieracjonalne wobec tego, że informacje takie są powszechnie znane i łatwo weryfikowalne. Powyższe czyni zasadnymi również zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia przepisów postępowania, w tym art. 190 ust. 5 ustawy o Pzp i uznanie, że wymagały wykazania także okoliczności znane zamawiającemu z urzędu. Skarżący sam wskazywał, że posiadał wiedzę na temat stawek obowiązujących chociażby co do stawek dotyczących wykorzystania maszyn, stawek wynagrodzenia, stąd zbędną formalnością było zobowiązanie do wyjaśnień i przedstawianie dowodów w tym zakresie.

### **132. Sygn. akt: IV Ca 204/15, Wyrok SO w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r.**

Przepis art. 90 ust. 1 z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od podejrzeń, co do rzetelności ceny. Bezpodstawne żądanie wyjaśnień (w nieuzasadnionej sytuacji) będzie stanowić naruszenie prawa. Językowa wykładnia przepisu ze względu na zastosowaną koniunkcję zezwala na zwrócenie się o wyjaśnienia wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Oznacza to, że samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny nie uprawnia do badania jej realności. Dopiero takie zaniżenie w połączeniu z obawą o brak możliwości wykonania zamówienia daje prawo do badania ceny. Obowiązek badania, czy cena oferty nie została zaniżona, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości tych zamawiający nabrać musi, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (...).

Jakkolwiek, jak wyżej wskazano, brak definicji „rażąco niskiej ceny”, to w orzecznictwie przyjęto koncepcję, iż stwierdzenie tej okoliczności jest możliwe w oparciu o porównanie ceny spornej oferty z wartością szacunkową zamówienia lub z cenami innych ofert. Przyjęto również, iż ceny poszczególnych elementów kosztotwórczych oferty nie stanowią podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny (...).

### **133. Sygn. akt: XXIII Ga 1072/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r.**

Nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień (art. 90 ustawy PZP) objęte jest kontrolą w toku postępowania odwoławcze-

go, a także skargowego, o czym zdaje się zapomniał skarżący zarzucając – niezasadnie – Izbie orzeczenie ponad zarzuty odwołania Konsorcjum X i poddanie ocenie przyjętego przez zamawiającego sposobu oszacowania wartości zamówienia (art. 192 ust. 7 PZP). Okoliczność ta mogła mieć wpływ na ocenę prawidłowości zaofferowanych przez wykonawców cen za realizację przedmiotów zamówienia, a z pewnością w odwołaniu został podniesiony zarzut rażąco niskiej ceny oferty, która została wybrana przez zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie zapytania do wykonawców w taki sposób, aby treść wyjaśnienia czyniła zadość uwarunkowaniom danego postępowania o udzielenie zamówienia i okoliczność ta podlega kontroli Izby, co czyni zarzut rozstrzygnięcia ponad żądanie niezasadnym. Również zamawiający jest zobligowany przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), a w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jednej z ofert, również Izba i sąd powinien poddać kontroli wywiązanie się z tego obowiązku przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że to jednak na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust 2 PZP). Argumentacja co do realności zaofferowanej przez skarżącego ceny, nie przekonały zarówno Izby, jak i Sądu Okręgowego. Skarżący zaproponował niezwykle ogólne twierdzenia, kiedy to powinien przedstawić materiał dowody w sposób niezbity i wyczerpująco wykazujący słuszność jego twierdzeń, co do wysokości kosztów koniecznych do poniesienia w przypadku swojej oferty. Na konieczność wykazania okoliczności realności ceny wskazuje w sposób kategoriyczny treść art. 90 ust. 2 PZP.

Wskazać należy, że zamawiający w sposób szczegółowy i wyraźny wskazał, w jakim zakresie powziął wątpliwość co do realności i wiarygodności zaofferowanej przez skarżącego ceny i w ten również sposób wezwał skarżącego do złożenia wyjaśnień. Na tym jednak, w wymienionym obszarze zakończyła się prawidłowość działania zamawiającego.

#### **134. Sygn. akt: XXIII Ga 451/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r.**

Sąd Okręgowy uważa, że stanowisko prezentowane przez skarżące konsorcjum opiera się na błędnym założeniu, tj. możliwości wielokrotnego udzielania wyjaśnień, do czasu aż zamawiający uzna je za wystarczające, tj. kompletne i wykazujące brak istnienia rażąco niskiej ceny. (...). Tylko więc wtedy gdy wezwanie zamawiającego jest obarczone brakiem precyzji i/lub niepełne, dopuszczalne jest przedstawianie kolejnych wyjaśnień przez oferenta. Te kolejne wyjaśnienia bowiem albo odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie były wyartykułowane w pierwszym wezwaniu albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy, jednym słowem były to wątpliwości „uniemożliwiające” oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. (...). Skarżące konsorcjum/offerent poddał się tej procedurze, lecz pierwsze wyjaśnienia złożone zostały niepełnie i nie odnosiły się do wszystkich aspektów wskazanych przez zamawiającego, co słusznie – w ocenie Sądu Okręgowego – wskazywał zamawiający w rzeczonym protokole z badania ofert. W związku z powyższym, obowiązkiem zamawiającego było uznanie, iż *de facto* oferent nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Konsekwencją powyższego obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy prawo zamówień publicznych. Nie uczynił teg, lecz zbędnie kontynuował postępowanie wyjaśniające, które trwało przez ponad trzy miesiące i zmusiło zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni (k. 34).

#### **135. Sygn. akt: IX Ga 438/16, Wyrok SO w Lublinie z dnia 25 listopada 2016 r.**

Rażąco niska cena to cen niewiarygodna odbiegająca od cen rynkowych.

Konieczne jest tu zobiektywizowanie analizy i ustalenie, czy cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia wg tej wartości i należy ofertę z nią zawartą

a priori odrzucić. Inaczej tę kwestię ocenia się przy usługach czy towarach, które występują masowo i ich wartość rynkowa jest weryfikowalna (artykuły biurowe, rzeczy oznaczone co do gatunku, standardowe towary i usługi występujące powszechnie na rynku), a inaczej w przypadku usług czy towarów unikalnych, występujących na specyficznym wyspecjalizowanym rynku, które może świadczyć wyłącznie krąg wyspecjalizowanych podmiotów. Przy czym ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji, specjalizując się w danym segmencie usług i mając w tym doświadczenie. Samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są znacznie droższe – nie jest w taki przypadku właściwie zastosowaną metodą ustalania oferty rażąco niskiej i nie może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której odrzuca się ofertę ekonomicznie i gospodarczo uzasadnioną i tanią, a przyjmuje się za wiarygodne oferty znacznie droższe, co wypacza reguły uczciwej konkurencji, funkcję ustawy pzp zapewniającą przejrzysty, optymalny i tani wybór najlepszej oferty na rzecz oferty znacznie droższej.

Ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „rażąco niskiej ceny”. Powszechnie przyjmuje się, że rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach (wyrok s. okręg, z 21.06.2010 r. w Katowicach XIX Ga 175/10, (...)): „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame.

Pogląd ten należy zaaprobować w sprawie niniejszej ze względu na specyfikę zamówienia publicznego. Jak wskazano wyżej Ustawa pzp, stanowiąc, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie definiuje jednak pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicji brak również w dyrektywach 2004/18/WE oraz 2004/17/WE, a także w nowo przyjętych dyrektywach 2014/24/UE (nowa dyrektywa klasyczna) oraz 2014/25/UE (nowa dyrektywa sektorowa). W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych.

Cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (por. art. 2), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, jak na podstawie analizy pewnego wycinka oferty i to nie objętej zarzutem jak wynika z trzeciego zarzutu skargi.

W takiej sytuacji brak definicji pojęcia „rażąco niska cena” oznacza konieczność rozpatrywania każdego przypadku z punktu widzenia racjonalności działania i każdego przypadku indywidualnie. Poza tym z wykładni językowej tego pojęcia wynika, że chodzi tu o przypadki „dające się łatwo stwierdzić, wyraźne, oczywiste, niewątpliwe, bezsporne” (Słownik języka polskiego, t. III, s. 24) w stosunku do cen rynkowych, a także wartości przedmiotu zamówienia.

### **136. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r.**

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp jak art. 190 ust. 1 a Pzp ciężar dowodu spoczywał na ww. Wykonawcach, którzy zobowiązani byli wykazać, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. W ocenie Sądu Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy, w oparciu o powołane wyżej przepisy, oceniła rozkład ciężaru dowodów na poszczególnych uczestników

przedmiotowego postępowania. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, można przedstawić do zamknięcia rozprawy. Co prawda, zgodnie z art. 190 ust. 1a Pzp, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a jeżeli nie jest – na zamawiającym, zasada ta podlega modyfikacjom. Nie powoduje to jednak automatycznie, że skarżący jako uczestnik po stronie przystępujących do przetargu nie miał jakichkolwiek obowiązków dowodowych. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalniał go bowiem z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedłożyli Przeciwnik skargi i konsorcjum X oraz konsorcjum Y. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w orzeczeniach Izby, w tym m.in. w wyroku KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. (KIO 447/16): „Wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego – jak wskazano już wcześniej – nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów, zwłaszcza w sytuacji, gdy tak jak w sprawie niniejszej Zamawiający nie miał wątpliwości, co do realności ceny Przystępującego i nie stosował nawet trybu wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp. Przyjęcie innego spojrzenia prowadziłoby do sytuacji, gdy strona odwołująca mogłaby poprzestać przykładowo na jednym ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco niska (uczestnik postępowania miałby zaś udowodniać każdy element ceny, jak i cenę ogólną); wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r. (KIO 2559/15): „Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że szczególna zasada ciężaru dowodowego przy ocenie przez Izbę zarzutów dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny, wynikająca z przywołanego przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, nie może prowadzić do pominięcia przez Izbę przy ocenie zarzutów odwołania podstawowej zasady dotyczącej ciężaru dowodowego, którą rządzi się postępowanie odwoławcze, tj. zasady wynikającej z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” W świetle tej zasady zatem Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, powinien – dla poparcia podniesionych zarzutów – wskazać określone dowody lub choćby uprawdopodobnić okoliczności, które stoją u podstaw podniesionych w odwołaniu zarzutów.

### **Art. 91 ust. 1**

#### **137. Sygn. akt: KIO 1738/16, KIO 1740/16, Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r.**

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że wskazane w przepisie kryteria mają jedynie charakter przykładowy. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy). Wskazać należy, że w wyniku wskaza-



nej powyżej nowelizacji przepisów ustawy jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby zamawiającego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne jak również ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas.

### **138. Sygn. akt: KIO 2285/16, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r.**

W rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał bowiem na dwa kryteria oceny ofert: cenę 60% oraz odległość bazy magazynowo-transportowej 40%.

W zakresie kryterium odległości bazy magazynowo-transportowej (od granicy Miasta S.) Zamawiający wskazał następujący sposób oceny ofert:

- baza magazynowo-transportowa zlokalizowana w odległości od 0–5 km od granicy Gminy Miasta S. – 40 pkt,
- baza magazynowo-transportowa zlokalizowana w odległości od 6–10 km od granicy Gminy Miasta S. – 20 pkt,
- baza magazynowo-transportowa zlokalizowana w odległości od 11–20 km od granicy Gminy Miasta S. – 10 pkt,
- baza magazynowo-transportowa zlokalizowana w odległości od 21–60 km od granicy Gminy Miasta S. – 0 pkt.

Powyższy sposób oceny, zdaniem Izby, nie wskazuje na żadną konkretną wartość dodaną oferty w zależności od lokalizacji bazy, którą, ogólnie rzecz biorąc, można by przełożyć na, nawet szeroko pojętą, jakość wykonania usługi, która by powodowała, że dana oferta będzie rzeczywiście najkorzystniejsza w stosunku do innych złożonych ofert. W szczególności zaś przy założeniu 40% punktów za tę cechę oferty.

Na podstawie argumentacji Stron oraz Przystępującego Izba stwierdziła, że może chodzić o trzy aspekty: po pierwsze – ekologiczny, związany z mniejszą ilością spalin i innych niepożądanych substancji produkowanych przez pojazdy na krótszych trasach, po drugie – mniejsze zużycie dróg poprzez krótsze trasy ciężkich pojazdów oraz po trzecie – krótszy czas na podstawienie pojazdu zamiennego w razie awarii.

Nie jest to jednak wprost i wyłącznie zależne od samego usytuowania bazy. Po pierwsze należy bowiem wziąć pod uwagę całą marszrutę pojazdów od bazy magazynowo-transportowej, poprzez miejsca odbioru odpadów, do RIPOK-a (który, jak wskazał Odwołujący, jest usytuowany w okolicach K., a nie S.) oraz powrót do bazy. Po drugie, wyżej wskazane spalanie oraz dewastacja dróg związana jest także z właściwością samych pojazdów, czyli m.in. wcześniej wskazywanymi normami spalania, ich ciężkością własną, sposobem jazdy (powszechnie wiadome jest, że na terenach zabudowanych lub w korkach spalanie jest większe niż na trasie). Po trzecie, awarie powinny z założenia stanowić wyjątek, a nie regu-

łę pracy wykonawcy, zaś liczba potencjalnych awarii zależy w dużej mierze od sprawności pojazdów. Po czwarte, szybkość podstawienia pojazdu zamiennego nie zależy tylko od usytuowania bazy, ale także (albo głównie) od dostępności pojazdu zamiennego, dodatkowego kierowcy, natężenia ruchu oraz godziny, o której nastąpi awaria (jeśli nastąpi rano, wykonawca powinien zdążyć odebrać odpady w danym dniu, natomiast jeśli np. o 16, nie zdąży na czas podstawić nowego pojazdu choćby z pobliskiej bazy). Poza tym dojazd nawet z bazy odległej o 60 km, to ok. godzina jazdy – nie jest więc takie oczywiste, czy taka różnica czasowa w szybkości podstawienia nowego pojazdu powinna być punktowana aż 40 punktami.

Dlatego Zamawiający, jeżeli chce zachować powyższe kryterium oceny ofert, powinien je zmodyfikować w taki sposób, by rzeczywiście odnosiło się ono do zalet poszczególnych ofert w stosunku do ofert pozostałych i realnej wartości dodanej, jaką niesie ze sobą posiadanie bazy magazynowo-transportowej w jak najmniejszej odległości od S.

### **Art. 91 ust. 2**

#### **139. Sygn. akt: KIO 2337/16, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r.**

Okoliczność, że wykonawca nie spełnia jednego z trzech dodatkowo punktowanych parametrów, nie uniemożliwia mu złożenia ważnej oferty i ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Wykonawca taki ma możliwość konkurencji z pozostałymi wykonawcami przez dążenie do uzyskania większej punktacji w innych kryteriach ustalonych przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo formułować takie kryteria oceny ofert, które odzwierciedlają jego uzasadnione, obiektywne potrzeby i za pomocą których Zamawiający dąży do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w najpełniejszy sposób spełniającej jego oczekiwania. W ocenie Izby ustalone przez Zamawiającego kryterium parametry techniczne o wadze równej cenie oferty oznacza, że Zamawiającemu w równym stopniu zależy na uzyskaniu produktu korzystnego pod względem ceny jak i jakości. Na aprobatę zasługuje stanowisko Zamawiającego, który poprzez wprowadzenie parametru niezależności systemu od motoru bazy danych (obsługa min. dwóch komercyjnych baz danych) dąży do zmniejszenia ryzyka uzależnienia się od jednego producenta oprogramowania bazodanowego i chce uniknąć przywiązania do jednego producenta baz danych. Jest to, w ocenie Izby argument o charakterze obiektywnym, który uzasadnia preferowanie przez Zamawiającego takiego rozwiązania.

#### **140. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r.**

(...) zwrócić należy uwagę, iż wyłączenie możliwości zawarcia przez zamawiającego w treści SIWZ kryterium granic akceptacji umów z podwykonawcami poprzez określenie maksymalnej akceptowalnej granicy wynagrodzenia podwykonawcy robót budowlanych na poziomie zaakceptowanej oferty wykonawcy, prowadzić mogłoby w istocie do pośredniego naruszenia, czy też obejścia, zasady wynikającej art. 144 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Do najbardziej istotnych postanowień umów należy zaliczyć postanowienia dotyczące wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych. Istotą powyższej regulacji jest zapobieżenie wydatkowania na wykonanie robót większych, aniżeli ustalona w drodze przeprowadzenia przetargu publicznego. Uznanie postanowień o treści kwestionowanej przez skarżącego za niedopuszczalne otwiera w sposób oczywisty możliwość

obciążenia zamawiającego kosztami robót większymi, aniżeli przewidziane w ofercie wybranego wykonawcy. Stan taki byłby niewątpliwie sprzeczny z istotą i celem regulacji zawartej w art. 144 Pzp.

### Art. 91 ust. 3

#### 141. Sygn. akt: KIO 2101/16, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2016 r.

Odnosnie działań edukacyjnych na rzecz mieszkańców wskazać należy, że zamawiający ma podstawy prawne, aby ustanowić takie kryterium oceny ofert. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto, zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustalonego oraz opisanego w niej kryterium oceny ofert, w ocenie Izby, nie dotyczy ono zakazu opisanego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe kryterium nie dotyczy bowiem właściwości wykonawcy, a jedynie ukierunkowane jest na osiągnięcie zamierzonego celu, polegającego na edukacji społecznej mieszkańców w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. prawidłowego gospodarowania odpadami. Oczywistym jest, że działalność taka spoczywa na gminie, jednakże poza samodzielną działalnością gminy w tym zakresie, ma ona pełne prawo do zawiązania współpracy z wykonawcą zamówienia, w celu poszerzenia działalności edukacyjnej, z uwagi chociażby na bezpośredniość działań wykonawcy realizującego zamówienie. Dlatego też premiowanie wykonawcy, który chciałby takie działania prowadzić, jak najbardziej jest wskazane, a wręcz oczekiwane. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie, że jeżeli wykonawca nie będzie chciał świadczyć tego rodzaju usługi, to nie będzie musiał, na etapie ofertowania, takiej deklaracji składać. Wiązać się to jednak będzie z niższą oceną oferty, tj. nie uzyskaniem dodatkowych punktów dla oferty.

W odniesieniu do kryterium dotyczącego spełnienia standardów środowiskowych, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia. W zakresie tego kryterium, Izba również nie dopatryła działań sprzecznych z prawem. Kryterium opisane przez zamawiającego nie dotyczy bowiem właściwości wykonawcy (w rozumieniu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp), albowiem nie odnosi się do jego wymagań podmiotowych. Kryterium opisane przez zamawiającego dotyczy wprost realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż odnosi się do certyfikowanego systemu zarządzania środowiskiem, zgodnym z międzynarodowym standardem ISO 14001. Powyższe oznacza, że zamawiający premiuje sposób realizacji zamówienia, postępowania z odpadami, który zgodny jest ze światowymi standardami. Certyfikat (jego posiadanie) odnosi się do przedmiotu zamówienia, który dotyczy ochrony środowiska i z tego powodu pozytywnie postrzegany będzie przez zamawiającego podmiot, który wprowadził w prowadzonym przez siebie przedsiębiorstwie system zarządzania środowiskowego. Posiadanie takiego certyfikatu może gwarantować bowiem lepszy efekt ekologiczny niż efekt wykonawcy, który takiego certyfikatu nie posiada.

Odnosząc się do wątpliwości odwołującego, w jaki sposób zamawiający będzie oceniał to kryterium, Izba skazuje, że zamawiający w załączniku nr 1 do s.i.w.z. podał, iż „Wykonawca oświadcza, iż posiada skuteczny certyfikowany system zarządzania środowiskiem, zgodny z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważne. TAK – 10 pkt, NIE – 0 pkt”. Nie ma więc żadnych wątpliwości w odniesieniu do punktacji za ww. kryterium.

## Art. 92

### 142. Sygn. akt: KIO 1846/16, Wyrok KIO z dnia 20 października 2016 r.

(...) Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. Powyższe jest niezwykle istotne, m.in. z uwagi na prawo do obrony wykonawcy, przez wniesienie środków ochrony prawnej i podnoszenie argumentów na własną korzyść. Wskazany zakres i podstawy odrzucenia zakreślają wykonawcy krąg potencjalnych zarzutów, które wykonawca może podnieść wobec tej czynności Zamawiającego. Podkreślić należy, iż w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty.

### 143. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, że nałożony na zamawiającego obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę te fundamentalne zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca, który chce zakwestionować zasadność podjętej wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba między innymi w uzasadnieniach wyroków wydanych: 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ma to zasadnicze znaczenie, gdyż, jak to już powyżej wskazano, niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Reasumując, z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 [chodzi o art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 – przyp. red.] i art. 192 ust. 7 pzp wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych temu wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.

### 144. Sygn. akt: KIO 2372/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r.

W przedmiotowym postępowaniu nie został również naruszony przez Zamawiającego przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu pełnych powodów odrzucenia jego oferty. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek przedstawić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. W uzasadnieniu powyższej decyzji Za-

mawiający podał szczegółowe uzasadnienie prawne i faktyczne. Odniósł się do złożonych wyjaśnień w pełnym zakresie, uwzględniając fakt, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przetawił własną ocenę złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania. Podał w sposób jasny i zrozumiały przyczyny, na podstawie których uznał, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie daje gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający przedstawił rzeczowe uzasadnienie, oparte o treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, dokonanej oceny, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 6**

#### **145. Sygn. akt: KIO 1967/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Ponadto istotna zmiana okoliczności musi wystąpić bezpośrednio przez podjęciem czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”).

#### **146. Sygn. akt: XXIII Ga 2036/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lutego 2016 r.**

Nie zasługuje na uwzględnienie główny zarzut skargi naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Na mocy powołanego przepisu może dojść do zakończenia postępowania o zamówienie publiczne poprzez jego unieważnienie, w sytuacji gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przy czym podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, że dla uzasadnienia unieważnienia postępowania, które niewątpliwie winno być zdarzeniem wyjątkowym, konieczne jest, aby zmiana faktycznie wystąpiła, a nadto, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia, nie leży już w interesie publicznym.

W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający, wyjaśnił i wykazał zaistnienie przedmiotowej podstawy. W pierwszej kolejności odnieść się należy do definicji interesu publicznego, jest on pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego 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 rozstrzygania spraw” [Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 2006/13]. Przy czym należy również pamiętać, że interes publiczny należy rozpatrywać poprzez potrzebę ogółu oraz cel dla którego zaspokojenia ma być realizowane zamówienie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia r., sygn. akt KIO 601/11). Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 1997 roku, W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15, za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający miał na celu zrealizowanie projektu (...) dla wykonania, którego zdecydował się prowadzić dwa odrębne postępowania o zamówienie publiczne. Pierwsze dotyczyło zrealizowania Systemu Dynamicznej Informacji Paźerskiej, natomiast drugie, będące przedmiotem niniejszego postępowania, dotyczyło zaku-



pu usługi transmisji danych na potrzeby Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego za nietrafną i niekorzystną dla oferenta należy uznać decyzję zamawiającego o prowadzeniu dwóch odrębnych postępowań o zamówienie publiczne, gdyż jak wykazywał zamawiający obie usługi były ze sobą ściśle powiązane, w ten sposób, że usługa WAN, miała służyć realizacji (...), a bez wykonania tej drugiej świadczenie usługi WAN było bezcelowe. Skarżący mógł przypuszczać, po przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie usługi WAN, że jego oferta zostanie wyłoniona jako najkorzystniejsza i będzie realizował umowę w tym zakresie, bowiem był on jedynym wykonawcą, a oferta spełniała wymagane warunki. Niemniej jednak nie sposób na tej podstawie uwzględnić skargę i umożliwić mu wykonanie zamówienia, które w dacie podjęcia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania oraz na obecnym etapie, byłoby przedmiotowe i niesłużące interesowi publicznemu, przeciwnie interes wykonawcy byłby zaspokojony, niemniej z narażeniem interesu podmiotu dysponującego środkami publicznymi których wydatkowanie byłoby zbędne i niecelowe. Realizacja spornej usługi w oderwaniu od wykonania projektu (...) w żaden sposób nie mogłaby służyć ogółowi – jako produkt bezprzedmiotowy z uwagi na brak infrastruktury, dla której sieć WAN miała stanowić medium transmisyjne. (...) Doszło bowiem do istotnej zmiany okoliczności, bowiem zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania w zakresie realizacji (...). U podstaw tej decyzji leżała przede wszystkim niemożliwość zrealizowania przedmiotowego systemu, gdyż złożone oferty przewyższały ustalony przez zamawiającego budżet, ale też pojawiły się nowe okoliczności faktyczne ujawnione na skutek przeprowadzenia tzw. dialogu technicznego, które niejako dodatkowo racjonalizowały podjętą przez zamawiającego decyzję. (...)

Wskazać należy, że w regulacji wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp nałożono na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w każdej sytuacji, w której prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Podkreśla się w literaturze przedmiotu, że z uwagi na cel owej regulacji, nawet jeżeli zamówienie stanie się niezgodne z owym interesem na skutek przyczyn leżących po stronie zamawiającego, to nie ma podstaw do wyłączenia możliwości unieważnienia postępowania. Niezależnie od powyższego zmiana okoliczności wbrew twierdzeniom skarżącego była niezależna od zamawiającego. (...)

Wskazać bowiem należy, iż rozumienie interesu publicznego winno również odbywać się z uwzględnieniem zasad gospodarowania środkami publicznymi. Z jednej strony interes publiczny wskazuje na konieczność dbania o dobro ogółu i zaspokajanie potrzeb określonych społeczności, z drugiej jednak strony nie może to odbywać się w oderwaniu od gospodarowania środkami publicznymi. Uwypuklić bowiem należy, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 7**

#### **147. Sygn. akt: KIO 2057/16, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2016 r.**

Zamawiający w zawiadomieniu powinien przedstawić konkretne treści co do kryterium oceny ofert jak i konkretne treści wzoru umowy i wskazać na czym polega ich nieprawidłowość, niezgodność z prawem oraz jak to wpływa na wynik postępowania to jest na wybór najkorzystniejszej oferty, bądź, który z 6 punktów ust. 1 art. 146 pzp został naruszony w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Takiej typizacji i analizy konkretnych posta-

nowień SIWZ zamawiający nie przedstawił, a również nie przedstawił jak one wpływają jako nieprawidłowe na wynik postępowania.

#### **148. Sygn. akt: KIO 2109/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r.**

Z oczywistych względów trafna jest argumentacja odwołującego, że określenie w dokumentacji postępowania udostępnionej wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, iż w konsekwencji złożenia poprawnych pod względem formalnym i merytorycznym ofert, po ich ocenie, dojdzie do aukcji elektronicznej, w której wykonawcy ci będą mieli możliwość zmodyfikowania ofert, poprzez obniżenie zaoferowanej ceny, powoduje iż na etapie sporządzania ofert tzw. „papierowych”, przed aukcją z reguły każdy oferent w sposób odmienny niż miałyby to miejsce, gdyby aukcja elektroniczna nie została przewidziana kalkulował zaoferowaną cenę oferty, mając na uwadze, iż cena zawarta w ofercie może nie być oceną ostateczną i będzie mogła podlegać obniżeniu. Prawem każdego racjonalnego wykonawcy, jest założenie jakiegoś marginesu kwotowego ceny, z którego ewentualnie będzie mógł „zejść” w aukcji elektronicznej. W sytuacji, w której przewidywana jest aukcja elektroniczna, wykonawcy mogą ustalić w składanej ofercie marżę za realizację projektu na wyższym poziomie, niż finalnie przez nich zakładany. Sama instytucja aukcji elektronicznej prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy obniżają zaoferowane uprzednio ceny, za wykonanie zamówienia do poziomu, w którym realizacja inwestycji jest jeszcze opłacalna. W przypadku natomiast, gdy aukcja elektroniczna nie jest przewidywana, wykonawcy kalkulują cenę oferty na poziomie stałym, który nie będzie już obniżany. Nie mogło mieć decydującego znaczenia, że nawet zapowiedziana w SIWZ aukcja jest przeprowadzana tylko wówczas, gdy w postępowaniu złożono 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Od decyzji wykonawcy zależał jego udział w aukcji, gdyby została wyznaczona.

Zadaniem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania w sposób poprawny, w całości zgodny z przepisami ustawy Pzp. Konsekwencje błędów w procedurze przetargowej obarczają zamawiającego. Zamawiający pominął fakt, że poprzez zapowiedzenie aukcji, w sytuacji gdy była ona niedopuszczalna i dalsze podejmowane czynności, wprowadził wykonawców w błąd, naruszył zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji według przejrzystych i z góry podanych warunków. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, gdyż była ona najkorzystniejsza na etapie postępowania – przed aukcją.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zachodzi przypadek określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do unieważnienia postępowania, gdyż jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem jednocześnie przeprowadzenie zapowiedzianej aukcji nie było dopuszczalne w związku z bezwzględnie obowiązującym przepisem 91a ust. 1 Pzp, a z drugiej strony w myśl imperatywnej dyspozycji art. 38 ust. 4 ustawy Pzp niedopuszczalna też była zmiana postanowień SIWZ – poprzez rezygnację z aukcji. Odstąpienie od aukcji mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż w toku aukcji, gdyby została ona przeprowadzona, kolejność ofert mogła ulec istotnej zmianie, a zatem oferta odwołującego mogłaby okazać się najkorzystniejsza. (...) Izba nie mogła nakazać zamawiającemu przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż czynność taka jako naruszająca imperatywny przepis prawa byłaby nieważna. Nie mogła też pominąć warunków ustalonych w SIWZ. Umożliwienie ponownego złożenia ofert w tym samym postępowaniu pozostaje zabronione art. 82 ust. 1 Pzp. Z kolei przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dozwala w uzasadnionych przypadkach na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert, dokonaną zmianę zamawia-

jący zobowiązany jest przekazać wszystkim wykonawcom przed wyznaczonym terminem składania ofert. Zamawiający zmienił SIWZ, poprzez odstąpienie od przeprowadzenia aukcji, a przywołany przepis art. 38 ust. 4 Pzp ma również charakter bezwzględnie obowiązujący.

#### **149. Sygn. akt: KIO 2259/16, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r.**

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowienia w załączniku nr 15 w § 15 ust. 2 pkt 23, naruszył przepisy art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zaistniała zatem przesłanka do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 146 ust. 6 Pzp.

Nie budzi wątpliwości fakt, że wprowadzony przez Zamawiającego w dniu 10 listopada 2016 r. zapis o karze umownej [*kara umowna była przewidziana za zmianę składu osobowego pracowników w ciągu dwóch pierwszych m-cy realizacji umowy – przyp. red.*] stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę usług ochrony na rzecz Zamawiającego, gdyż na etapie składania oferty tylko on dysponuje pracownikami runku lokalnego, tj. w szczególności pracownikami, którzy obecnie świadczą usługę na kompleksach Zamawiającego, a co za tym idzie nie musi dokonywać ich wymiany. Żaden inny wykonawca nie mógł zatem przystąpić do przetargu, oferując konkurencyjne ceny, gdyż transferowanie pomiędzy miastami pracowników posiadających odpowiednie do wymagań Zamawiającego kwalifikacje oraz legitymacje osoby dopuszczonej do posiadania broni jest nieopłacalne.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Przepis art. 146 ust. 6 Pzp wskazuje – jako przesłankę do unieważnienia umowy – zarówno naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, jak też takie, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Na etapie – przed dokonaniem oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej – nie można mówić o naruszeniu, które miało wpływ na wynik postępowania, lecz można mówić o naruszeniu, które może mieć wpływ na wynik postępowania (hipotetyczny). Skoro zatem postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do treści SIWZ w dniu 10 listopada 2016 r. stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, który aktualnie wykonuje daną usługę, to niewątpliwie należy stwierdzić, że taka zmiana treści SIWZ stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które może mieć wpływ na ewentualny przyszły wynik postępowania, gdyż skutkuje ono ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Wszyscy wykonawcy, poza tym, który aktualnie świadczy usługę, nie mogą złożyć oferty na takich samych warunkach jak wykonawca, który aktualnie świadczy tożsame usługi na rzecz Zamawiającego, gdyż narażają się na poniesienie kary umownej w wysokości 10% wartości brutto umowy przy zmianie części personelu przeznaczzonego do realizacji usługi.

Nie można wykluczyć zatem faktu, że złożenie w przedmiotowym postępowaniu tylko jednej oferty, dodatkowo – przez wykonawcę, który obecnie świadczy na rzecz Zamawiającego tożsamą usługę, jest konsekwencją dyskryminującego wobec innych potencjalnych wykonawców postanowienia SIWZ wprowadzonego w dniu 10 listopada 2016 r. Naruszenie w ten sposób zasady uczciwej konkurencji przy formułowaniu SIWZ mogło prowadzić do istotnego ograniczenia kręgu wykonawców, tj. do jednego tylko wykonawcy, który złożył ofertę, co niewątpliwie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Fakt, że w tej sytuacji Zamawiający nie dokonał oceny oferty złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu pozostaje bez znaczenia wobec zaistnienia przesłanki do unieważnienia postępowania.

**150. Sygn. akt: KIO 2389/16, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r.**

Izba na wstępie wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy, np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciążących na Zamawiającym obowiązków.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzecniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

**Art. 131l ust. 1 pkt 2****151. Sygn. akt: KIO 1967/16, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.**

Zamawiający nie skorzystał z art. 131l ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie przesłanek unieważnienia postępowania innych niż przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 i 1a – pod warunkiem określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie może powoływać się na inne podstawy unieważnienia postępowania niż określone w art. 93 ust. 1 i 1a pzp.

**Art. 139 ust. 1****152. Sygn. akt: KIO 1915/16, KIO 1916/16, Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.**

Zgodnie bowiem z art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicz-

nego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli projektowane postanowienia nie odpowiadają wykonawcy może on nie składać oferty w postępowaniu. Jeśli wykonawca złoży ofertę, to kształtuje w niej część przyszłych postanowień umownych, przede wszystkim wysokość swego wynagrodzenia. Ustalając wysokość ceny oferty wykonawca może i powinien dostosować się do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić wszystkie obowiązki wynikające z wymagań zamawiającego oraz przewidywane ryzyko związane z wykonaniem umowy.

Prezentowany pogląd znajduje potwierdzenie w stanowisku sądów powszechnych. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11) wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie). Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Podobnie Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) wywiódł, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

### **153. Sygn. akt: KIO 2008/16, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2016 r.**

Żądania odwołującego zmierzały w tym kierunku, aby wyłączyć odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia wynikające z dochodzenia tytułów prawnych do nieruchomości, wynikające z przyczyn od niego niezależnych, w tym opieszałości organów.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba miała na uwadze treść postanowień Umowy regulujących odpowiedzialność wykonawcy, która została obostrzona karami umownymi za



zwłokę (§ 19 Umowy). Odwołanie się do terminu ustawowego „zwłoka” oznacza, iż kary umowne zostały przewidziane za opóźnienia zawinione przez wykonawcę, a tym samym żądanie Odwołującego wpisuje się w obecny kształt postanowień Umowy. Izba nie znalazła uzasadnienia do tego, aby w ogóle zwolnić wykonawcę z ryzyka niepowodzenia lub opóźnień związanych z dochodzeniem tytułów prawnych, jako elementu Umowy, za który wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w ramach ceny ofertowej. Oczekiwanie, iż to Zamawiający miałby wziąć na siebie ryzyko niepowodzeń wykonawcy prowadzić mogłoby do braku osiągnięcia celu umowy, przy jednoczesnym poniesieniu kosztów przez Zamawiającego.

#### **154. Sygn. akt: KIO 2171/16, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r.**

Na wstępie, wskazać należy, że zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Izba zwraca jednak uwagę, że w ramach postępowania o zamówienie publiczne zasada swobody umów doznaje trojakiiego ograniczenia: po pierwsze: zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie: to zamawiający określa zasady, na których chce zawrzeć umowę, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

#### **155. Sygn. akt: KIO 2180/16, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r.**

W zakresie zarzutów związanych z wysokością kar umownych, których możliwość naliczenia Odwołujący wskazał w ramach swojej argumentacji jako podstawę żądania konkretyzacji lub wydłużenia terminów określonych w umowie, Izba wskazuje, iż instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi co do zasady przeszkody w uzyskaniu zamówienia – a zatem nawet w ramach potencjalnego ryzyka nie może stanowić uzasadnienia do uwzględnienia innych zarzutów związanych z terminami realizacji, czy to poszczególnych etapów zadania, czy też jego całości. Jedyne w wyjątkowych wypadkach, gdyż jej wysokość jest rażąco wygórowana i zachodzą uzasadnione przesłanki, że racjonalnie działający wykonawca może mieć uzasadnione obawy, że ma ona na celu uprzywilejowanie określonych wykonawców i niejako „zniechęcenie” innych od udziału w postępowaniu może zostać skutecznie podważona w ramach środków ochrony prawnej (vide wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13) lub stanowić podstawy do konkretyzacji lub wydłużenia terminów realizacji. Wówczas ocena wysokości kar umownych następuje w kontekście art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednak wykonawca winien wykazać, że instytucja kar umownych różnicuje w sposób nieuzasadniony pozycje poszczególnych wykonawców – czego Odwołujący w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej nie wykazał.

Tym samym powiązanie przez Odwołującego instytucji kar umownych z zarzutami odnoszącymi się do terminów realizacji zadania oraz poszczególnych czynności (weryfikacja i wprowadzanie korekt do projektów), jak również związanych z realizacją wskazanych w umowie obowiązków (udział przedstawicieli wykonawcy na naradach, odbiorach, radach lub innych spotkaniach) nie może stanowić podstawy do uwzględnienia wskazanych w treści

odwołania zarzutów i takiego ukształtowania postanowień przyszłej umowy aby zredukować przewidziane w jej treści obowiązki oraz wynikające z braku ich realizacji sankcje finansowe. W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający dokonał w przypadku projektów nieznaczego wydłużenia terminu wprowadzania poprawek oraz dokonał w ramach wyjaśnień i prezentacji swojego stanowiska wykładni postanowień związanych z kwestionowanymi przez Odwołującego instytucjami, tj. m.in. sposobu naliczania kar umownych za niedochowania terminu realizacji kamieni milowych przez wskazanie, że jeżeli wykonawca dochowa terminu realizacji, nie będą naliczane kary umowne za niedotrzymanie terminów realizacji kamieni milowych. (...) o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia SIWZ oraz wzoru umowy, w tym wypadku terminów realizacji, można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy – nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz załączników do niej), mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp. To samo należy odnieść do braku możliwości spełnienia świadczenia (niemożliwości świadczenia), gdy przyczyn niemożliwości świadczenia należy upatrywać w cechach świadczeniodawcy, tj. jeżeli niemożność świadczenia wynika z właściwości dłużnika.

W tym zakresie Izba wskazuje, zgadzając się z argumentacją Zamawiającego podniesioną na etapie rozprawy, że nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1, gdyż postanowienia umowy są identyczne dla wszystkich wykonawców. Analogicznie w przypadku art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazano jego naruszenia, gdyż opis przedmiotu zamówienia jest jasny i przewidywalny, zaś dokumentacja pozwala na opracowanie harmonogramu i określenie liczby personelu. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie sprostął ciężarom na Nim obowiązkom i nie wykazał naruszenia powyższych przepisów. Wszakże obowiązek wykazania okoliczności, na których opiera się konstrukcja zarzutów zawartych w treści odwołania, spoczywa na tym, kto twierdzi, tj. ogólny rozkład ciężaru dowodu powoduje, że proces dowodzenia winien być przeprowadzony przez ten podmiot który z wskazanych faktów wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne. (...)

W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, jak również trudności we współpracy z Zamawiającym nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia zarzutów odnoszących się do postanowień umowy. O takim naruszeniu mogłoby stanowić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Kodeks cywilny na skutek zawarcia w umowie określonych postanowień przy jednoczesnym ich wpływie na możliwość sporządzenia przez wykonawcę ważnej oferty i tym samym samą możliwość udziału w danym postępowaniu.

**156. Sygn. akt: KIO 2164/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.**

Skład orzekający nie podzielił również argumentacji Odwołującego odnośnie postanowienia zastrzegającego wykonawcy 14-dniowy termin na wykonanie przez wykonawcę prawa odstąpienia od umowy. W powyższym zakresie Izba nie dopatrzyła się powodów, dla których ukształtowanie umownego prawa odstąpienia od umowy (art. 395 K.c.), upodabniające je w istocie do przewidzianego w przepisie art. 492 K.c. tożsamego uprawnienia wynikającego z przepisów K.c., byłoby niedopuszczalne. Podkreślenia również wymaga, że zakwestionowane określenie umownego prawa odstąpienia nie wyłącza możliwości skorzystania z innych niż wynikająca z przepisu art. 492 K.c. ustawowych możliwości odstąpienia od umowy.

Izba odmówiła wiarygodności twierdzeniom Odwołującego odnośnie niewystarczającej długości terminu na wykonanie omawianego prawa. Zwrócono bowiem uwagę, że zdarzenia (okoliczności) powodujące rozpoczęcie biegu 14-dniowego terminu nie dotyczą sytuacji nagłych, powstających „z dnia na dzień”, a związane są z istnieniem (utrzymywaniem) określonych w lit. (a)–(c) Subklauzuli 16.2 WSK stanów przez pewien okres czasu, co przeczy twierdzeniom Odwołującego o konieczności pochopnego podejmowania przez wykonawcę decyzji o odstąpieniu od umowy.

**157. Sygn. akt: KIO 2177/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.**

(...) na podstawie zarówno przepisów kodeksu cywilnego, jak również na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamawiający ma prawo ingerowania w postanowienia umowy pomiędzy wykonawcą (głównym wykonawcą) a podwykonawcami czy też dalszymi podwykonawcami. Dodatkowo, w przypadku inwestycji realizowanych w oparciu o przepisy ustawy Zamawiający ma obowiązek określenia co najmniej podstawowego zakresu postanowień umów z podwykonawcami, jednocześnie pozostawiając w dyspozycji Zamawiającego zakres tych regulacji. (...) Wskazane w pkt (c) i (e) klauzule dotyczą kar umownych; jak wskazał w swoim pisemnym uzasadnieniu Zamawiający klauzule te zostały zrównane z wymaganiami jakie są zawarte w umowie o roboty budowlane, którą zawarł Zamawiający z wykonawcą (generalnym wykonawcą) – warunki kontraktu dla wykonawcy (generalnego wykonawcy) przewidują odpowiedzialność za zwłokę do wysokości 20% wartości kontraktu. Podkreślenia wymaga również, że takiego stanowiska Zamawiającego, tj. wprowadzenia ograniczenia kar umownych (do 20% wartości umowy brutto) domagały się od szeregu lat środowiska branżowe reprezentowane przez: PZPB; SIDiR, OIGD, czego wynikiem było już kilka lat wcześniej wprowadzenia limitu kar umownych na poziomie 20% wartości brutto umowy. Jak wskazał Zamawiający nadal wykonawcy postulują zmniejszenie limitu kar umownych nawet do 10% wartości umowy netto. Jednocześnie zauważył Zamawiający, że nie ma to przełożenia na relacje wykonawcy (generalnego wykonawcy) z podwykonawcami.

W ocenie Izby zasadne jest przyjęcie w umowach zawieranych z podwykonawcami sposobu i zakresu procentowego kar umownych odpowiadających warunkom kontraktu Zamawiającego i wykonawcy (generalnego wykonawcy), jak również brak jest jakichkolwiek podstaw do zawyżania warunków odpowiedzialności dla podwykonawców w stosunku do warunków odpowiedzialności dla wykonawcy (generalnego wykonawcy). Przedstawione w piśmie Zamawiającego informacje (str. 9–14) uwypuklają jaskrawo brak równowagi stron umów zawieranych przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) z podwykonawcami wskazując na warunki umowy w odniesieniu do kar umownych określonych w tych umowach, które były niewspółmierne do tych określonych w umowie Zamawiającego z wykonawcą (generalnym wykonawcą). Izba zaznacza, że Odwołujący wskazał, że informacje te nie mają znaczenia w tym postępowaniu, jednakże nie można zgodzić się z taką argumentacją, bowiem takie informacje stanowią zobrazowanie argumentacji Zamawiającego, co więcej, Odwołujący nie kwestiono-

wał tych informacji, co prowadzi do wniosku, że uznać je należy za przyznane co do treści przez Odwołującego. Izba w świetle zgromadzonego materiału w sprawie nie znajduje przeszkód, aby odpowiedzialność wykonawcy i podwykonawców kształtowała się na porównywalnym poziomie.

### **158. Sygn. akt: KIO 2280/16, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r.**

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z ustaleniem kształtu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, jak również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> kc strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej 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. 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. Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego, np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamawiającego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowo-

ści. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353<sup>1</sup> k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej mowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian mowy odnoszących się do opis przedmiot zamówienia lub zmian wynagrodzenia, rozszerzenie zasad odpowiedzialności wykonawcy realizującego kontrakt. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w ocenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia 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 może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

#### **159. Sygn. akt: KIO 2339/16, KIO 2352/17, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r.**

Spośród zarzutów sformułowanych w odwołaniu w stosunku do regulacji zamieszczonych w § 7 wzoru umowy, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący postanowienia, według którego odpowiedzialność stron z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy wyłączają jedynie zdarzenia losowe związane z działaniem siły wyższej. (...) Odwołujący trafnie zarzucił, że w ten sposób z naruszeniem art. 473 § 1 kc Zamawiający wprowadził do umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadę odpowiedzialności *de facto* wykonawcy na zasadzie ryzyka za nienależyte lub niewykonanie zamówienia. Tego typu klauzula generalna nie czyni zadość dyspozycji powołanego przepisu, gdyż nie wskazuje od strony pozytywnej okoliczności, za które dodatkowo w stosunku do zasad ogólnych ma odpowiadać dłużnik. Konieczność takiego oznaczenia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 27 września 2013 r. (sygn. akt I CSK 748/12), którego fragment adekwatnie został przytoczony w odwołaniu.

#### **160. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r.**

W konsekwencji nie sposób zasadnie przyjąć, iż art. 353<sup>1</sup> kc stanowi przeszkodę w takim ukształtowaniu umowy o roboty budowlane, aby inwestor określił w niej warunki, jakie spełniać musi umowa wykonawcy z podwykonawcą, aby była ona akceptowana przez inwestora zgodą na jej zawarcie, a w konsekwencji zgodą na powstanie gwarancyjnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy.

### **Art. 143d ust. 1**

#### **161. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r.**

Za nieuzasadniony uznać należy też zarzut naruszenia przez zamawiającego dyspozycji zawartej w art. 143d ust. 1 Pzp. Wskazana norma zawiera katalog postanowień, które w szczególności zawierać winna umowa o roboty budowlane zawierana w trybie zamówień



publicznych. Katalog ten, na co jednoznacznie wskazuje użycie określenia „w szczególności” nie stanowi katalogu zamkniętego, a zważywszy na odesłanie w odniesieniu do tych umów do unormowań kodeksu cywilnego, zawarte w art. 139 ust. 1 Pzp, tym bardziej zezwala na swobodne ukształtowanie stosunku pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą – w granicach zakreślonych przez art. 353<sup>1</sup> kc.

#### **Art. 144**

##### **162. Sygn. akt: XXIII Ga 1923/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r.**

Odnośząc się do zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp wskazać należy, że skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy (tym bardziej istotnej zmiany umowy), nie jest też zawarciem umowy na nowych warunkach. Jak słusznie wskazał skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jest to realizacja umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji, w określonym przez niego zakresie.

#### **Art. 148**

##### **163. Sygn. akt: KIO 2177/16, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.**

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 148 ustawy wykonawca ma prawo wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, według własnego wyboru, w jednej lub kilku określonych ustawą formach, w tym: w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (art. 148 ust. 1 ustawy). Natomiast za zgodą Zamawiającego wykonawca może wnieść zabezpieczenie również w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (art. 148 ust. 2 ustawy). Jednoznacznie wskazuje to, że wykonawca nie tylko może sam zdecydować o formie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pięciu formach, jak również może zwrócić się o wyrażenie zgody na jego wniesienie jeszcze w innych formach, to może je wnieść w jednej lub kilku przewidzianych przepisami formach.

W obliczu takiego uprawnienia wykonawcy warunek wniesienia zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania tylko i wyłącznie w formie pieniężnej przez podwykonawców w ocenie Izby jest dyskryminujący. Zaznaczyć należy również, że takie ograniczenie możliwości wnoszenia zabezpieczenia jedynie do formy pieniężnej przekraczałoby także granicą swobody umów wynikającą z art. 353<sup>1</sup> k.c. jako naruszający naturę instytucji zabezpieczenia, której przepisy regulujące zabezpieczenie należytego wykonania umowy chociażby w art. 148 ust. 1 ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujących.

#### **Art. 179 ust. 1**

##### **164. Sygn. akt: KIO 1776/16, Wyrok KIO z dnia 10 października 2016 r.**

W pierwszej kolejności Izba badała legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania. I tak, skład orzekający uznał, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwoła-

nia zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w części IV postępowania, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia w części IV i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Natomiast w ocenie składu orzekającego w części V postępowania Odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania, ponieważ postępowanie w tej części Zamawiający unieważnił na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, czego Odwołujący nie kwestionował. Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Analizując żądania odwołania można zauważyć, że Odwołujący musiał mieć świadomość, że Zamawiający nie może zwiększyć środków dla części V postępowania, bowiem nie wnosił, analogicznie jak w części IV, o „nakazanie zawarcia umowy z Odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez Zamawiającego kwoty, jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z dnia 20.06.2016 r.” Pomijając niedopuszczalność takiego żądania na podstawie art. 192 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, sposób jego sformułowania potwierdza wiedzę Odwołującego co do braku możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia w tej części postępowania. Z uwagi na brak legitymacji do wniesienia odwołania w części V postępowania, Izba badała tylko zarzuty podniesione w części IV postępowania.

#### **165. Sygn. akt: KIO 1961/16, KIO 1962/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r.**

Przed wszystkim odwołujący X żąda nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc dąży do zapewnienia dalszego trwania postępowania o udzielenie zamówienia, o które się ubiega. Ponadto przedmiotem zarzutu odwołania odwołującego X jest czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, mimo tego, że odwołujący X uważa, że zamawiający ma możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny oferty odwołującego X. Zamawiający twierdzi zaś, że takiej możliwości nie ma i w tym upatruje brak możliwości odwołującego X uzyskania przedmiotowego zamówienia. Spór pomiędzy stronami tym samym toczy się o istnienie możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a zatem bez wdania się w spór co do istotny sprawy nie jest możliwe ustalenie, czy odwołujący X ma interes w uzyskaniu zamówienia, ani czy może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W rzeczywistości oczekiwanie zamawiającego, że Izba przy badaniu interesu odwołującego X rozstrzygnie o tym, czy zamawiający miał czy też nie możliwość zwiększenia finansowania zamówienia, jest oczekiwaniem dokonania przez Izbę swoistego przedsądu. W ocenie Izby dopóki może być tak, że Izba uzna, że obowiązkiem zamawiającego, o ile posiada takie możliwości, jest zwiększenie finansowania, to nie można przyjąć, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Należy zauważyć, że art. 179 ust. 1 ustawy stanowi o przesłankach dopuszczalności wniesienia odwołania, a zatem tak istnienie interesu, jak i możliwość poniesienia szkody, muszą istnieć na moment wnoszenia odwołania. Jeśli istnieją, to wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, nawet jeśli, któraś z przesłanek odpadnie w toku rozpoznawania sporu. W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący X na datę wniesienia odwołania wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku pozytywnego dla siebie rozstrzygnięcia Izby będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby odwołujący X wykazał także możliwość poniesienia szkody, gdyż jeśli zamawiający ma możliwość zwiększenia finansowania, to odwołujący może uzyskać zamówienie na korzystnych dla

siebie warunkach, a jeśli będzie musiał ponownie uczestniczyć w postępowaniu, być może, aby zapewnić sobie realizację zamówienia, będzie musiał przedstawić mniej dla siebie korzystne warunki cenowe. Tym samym w ocenie Izby występuje w niniejszym przypadku tak szkoda w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody przez konieczność zaoferowania w przyszłości niższej ceny. Z powyższych powodów Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy w przypadku odwołującego X została wykazana.

#### **166. Sygn. akt: KIO 2111/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopad 2016 r.**

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęte zostały zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) określające wymagania dotyczące zawartości oferty, a także warunków kontraktowych, wykonawca zainteresowany złożeniem oferty na warunkach określanych przez Zamawiającego może podejmować kroki prawne celem doprowadzenia do modyfikacji zapisów siwz, jeżeli może to ułatwić przygotowanie poprawnej oferty oraz wykonanie w oparciu o złożone zobowiązanie przedmiotu zamówienia. Na tym etapie postępowanie wystarczającym jest dla wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy uprawdopodobnienie chęci złożenia oferty umożliwiającej udzielenie wykonawcy zamówienia. Jeżeli zapisy siwz stałyby na przeszkodzie złożeniu prawidłowej i konkurencyjnej oferty, to w interesie wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu jest doprowadzenie do takiego ustalenia warunków, w których postępowanie będzie prowadzone w sposób przejrzysty, zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

#### **167. Sygn. akt: KIO 2121/16, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r.**

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odtajnienia części oferty przystępującego zastrzeżonej przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez konkurującego wykonawcę, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógł z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie mu dokumentów złożonych przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **168. Sygn. akt: KIO 2154/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r.**

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia ewentualnych naruszeń przez zamawiającego

przepisów ustawy, co wypełnia przesłankę dopuszczalności rozpoznania odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby podnoszone przez przystępującego i zamawiającego zarzuty w tym zakresie są niezasadne. Opierają się one bowiem na założeniu, że skoro odwołujący uważa warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za niemożliwy do spełnienia, to w rzeczywistości dąży do unieważnienia postępowania, pozbawiając się szansy na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak, nawet gdyby uznać, że rzeczywiście odwołujący uważa warunek za niemożliwy do spełnienia, co w ocenie Izby nie znajduje odzwierciedlenia ani w zarzutach, ani w żądaniach odwołania, to Izba wzięła pod uwagę, że samo podniesienie takiego zarzutu nie przesądza jeszcze o braku interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak słusznie podnosił odwołujący wyrok Izby wiąże strony postępowania i uczestnika jedynie w takim zakresie w jakim Izba rozstrzygnęła zarzuty, zatem nie przesądza o losach oferty odwołującego, co do której poprawność czynności czy ewentualne zaniechania nie są przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu. Ponadto odwołujący nie ma pewności rozstrzygnięcia Izby w zakresie tego zarzutu, a sformułował dodatkowe dotyczące potencjału kadrowego, uwzględnienie któregokolwiek z nich przez Izbę i oddalenie zarzutu dotyczącego potencjału wiedzy i doświadczenia dawałoby odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie Izby odwołujący wnosząc odwołanie wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia.

#### **169. Sygn. akt: KIO 2175/16, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r.**

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Dla oceny spełnienia materialnoprawnych przesłanek zawartych w powołanym przepisie fakt złożenie oferty przez odwołującego nie ma znaczenia.

Zamawiający w sytuacji wniesienia odwołania nie jest zobowiązany do powstrzymania się od dokonywania kolejnych czynności w postępowaniu. Należy jednak sprzeciwić się takiej ocenie przesłanek dopuszczalności odwołania, która uniemożliwiłaby zbadanie zarzutów wobec treści SIWZ prawidłowo wniesionych i zgodnych z interesem odwołującego, który jest zainteresowany ubieganiem się o zamówienie w części dotyczącej leków zawierających substancję czynną etanerceptum tylko z tego powodu, że zamawiający nie czekając na rozstrzygnięcie Izby kontynuował postępowanie o udzielenie zamówienia. Złożenie przez odwołującego oferty w postępowaniu nie uniemożliwia rozpoznania zarzutów, które podniósł on wcześniej, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### **170. Sygn. akt: XII Ga 788/15, Wyrok SO w Gdańsk z dnia 5 lutego 2016 r.**

Przepisy postępowania o zamówieniach publicznych nie pełnią funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w artykule 179 ust. 1 ustawy. Konstatacja taka płynie między innymi z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy (*vide* uzasadnienie wyroku KIO 2605/14). Konkludując, odwołanie jest to środek nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, nie zaś na weryfikowaniu prawidłowości czynności, które w żaden sposób nie mają wpływu na uzyskaniu przez odwołującego zamówienia. Zauważyć należy, iż artykuł 179 ust. 1 p.z.p. wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze

środków odwoławczych. Okoliczności te mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p., w sytuacji, w której w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

### **171. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r.**

W pierwszym rzędzie należało jednak rozpoznać zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy. Przez inny uprawniony podmiot należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Nie jest to zatem podmiot, który ma status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub status uczestnika konkursu. Szerokie ujęcie podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej ma swoje źródło w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG, które nie ograniczają tego uprawnienia tylko do wykonawców. Za podmiot uprawniony można traktować podmiot pominięty w trybie zamówienia z wolnej ręki, a wnoszący odwołanie na wybór trybu (...). Kolejną przesłanką jest wykazanie przez taki podmiot wnoszący odwołanie interesu w uzyskaniu zamówienia, przy czym należy zauważyć, iż chodzi o każdy faktyczny interes, nie tylko prawny. Wystarczy zatem, że skarżący wskazywał będzie na chęć uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu. Sąd Okręgowy podziela przy tym pogląd, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może być mylące w przypadku zaskarżania wyboru trybu postępowania, z jakim rzeczywiście mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, o czym będzie jeszcze mowa. Skutkiem uwzględnienia odwołania w takim przypadku jest bowiem unieważnienie postępowania, co nie gwarantuje odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku powtórzenia postępowania i udzielenia zamówienia, a wykonawcy w tym zakresie nie przysługują żadne roszczenia. Koncepcja abstrakcyjnego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia jako potencjalnej możliwości, wydaje się w takim przypadku uzasadniona.

### **172. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r.**

Sąd Okręgowy wyjaśnia, iż z tego faktu nie mógł Zamawiający wywodzić korzystnych dla siebie skutków prawnych, wynikających z art. 179 ust. 1 PZP (*a contr ar id*). Oddanie zasobów nie przekreśla w żaden sposób interesu Skarżącego w uzyskaniu danego zamówienia czy też możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Oczywistym dla sądu jest – dla Zamawiającego także być powinno – inna sytuacja biznesowa oferenta, gdy uzyskuje zamówienie publiczne i otrzymuje od Zamawiającego ustalone wynagrodzenie za wykonanie kontraktu, od sytuacji gdy świadczy jedynie określone czynności na rzecz zwycięskiego Wykonawcy i z nim się rozlicza. Abstrahując od aspektów wpływających na prestiż firmy (nie do przecenienia) z uwagi na wygranie przetargu, logicznym jest, że jako jedynie wspomagający/użyczający swe zasoby nie może uzyskać tyle ile mógłby, gdyby samodzielnie wykonywał zamówienie.

Odmienne stanowisko Zamawiający nie wykazał, ograniczając się do przedstawienia samej zasady, tj. oddaje do dyspozycji swoje zasoby = nie ma interesu w zaskarżeniu.



**Art. 180 ust. 3****173. Sygn. akt: KIO 1738/16, KIO 1740/16, Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r.**

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje – w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), 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.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna.

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.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nieodnosząca się do żadnych konkretów. Odwołujący, przedstawiając okoliczności faktyczne w sposób lakoniczny i ogólnikowy, nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, w treści odwołania nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej ukierunkowanej na wskazane postanowienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący podniósł jedynie w uzasadnieniu (jedno zdanie), że wskazane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „dotyczącego stawki podatku VAT” pozostaje bez związku z opisem przedmiotu zamówienia. Taką argumentację nie sposób uznać za uzasadnienie faktyczne, które stanowi kluczowy element odwołania, stanowiąc podstawę do wykazania słuszności wykazywanych uchybień. Z argumentacji jaka została podniesiona wynika jedynie, że „nie”, jednakże brak jest

jakiegokolwiek nawet próby wykazania dlaczego nie jest kryterium związane z opisem przedmiotu zamówienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w swoim uzasadnieniu, Izba i w tym przypadku z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, braku odniesienia się Odwołującego do konkretnych okoliczności faktycznych leżących u podstaw wniesienia odwołania, nie może ich samodzielnie wprowadzać do postępowania.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym. Istota kontradiktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom – uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony – uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego – pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą – odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Izba wskazuje, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie, ale także – wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu – służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów (art. 186 ustawy). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W rozpoznawanej sprawie w zasadzie nie wiadomo dlaczego Odwołujący uznaje, że dane kryterium nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia.

Izba podkreśla, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny oferty. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W ocenie Izby w tym przypadku, uwzględniając to jedno zdanie z uzasadnienia odwołania a odnoszące się do braku związku kryterium z opisem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla budowania uzasadnienia faktycznego wskazanych naruszeń przepisów byłoby chociaż podjęcie próby wykazania dlaczego brak jest związku pomiędzy kryterium a wskazanym przez Odwołującego opisem przedmiotu zamówienia. Zawarta w treści odwołania informacja w zasadzie stanowi odzwierciedlenie treści obowiązującego przepisu i nie sposób przypisać jej waloru argumentacji faktycznej wskazanych naruszeń przepisów prawa. Należy również podkreślić z pełną stanowczością, że podawanie argumentacji faktycznej dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowi kształtowanie nowych, niewyartykułowanych w odwołaniu zarzutów – czyli poza wskazaniem podstawy prawnej również uzasadnienia faktycznego – i nie może zostać uznane za poprawne, bowiem zarzuty te są już spóźnione. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane.

**Art. 183 ust. 1****174. Sygn. akt: XXIII Ga 699/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r.**

Nie budziło żadnych wątpliwości tutejszego sądu, iż nie zaistniała żadna przesłanka z art. 146 ust. 1 PZP, abstrahując od faktu braku próby ich wykazywania przez skarżącą spółkę, która ograniczyła się wyłącznie do sformułowania wniosku. Umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, nastąpiło to bowiem po wydaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, mocą którego odwołanie X sp. z o.o. w U. zostało oddalone. W tej sytuacji faktycznej, Zamawiający nie był ograniczony żadnym przepisem prawa zamówień publicznych, który mógłby wstrzymać decyzję o zawarciu umowy z wybranym oferentem. Abstrahować w tym momencie trzeba od kwestii szacowania ryzyka biznesowego, związane go z ewentualnym przegraniem niniejszego sporu przed Sądem Okręgowym, wywołanym wniesieniem skargi. To jednak wykracza poza kognicję sądową.

**Art. 185 ust. 1–6****175. Sygn. akt: KIO 1855/16, Wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r.**

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłoszone przez wykonawcę X S.A. zostało uznane przez Izbę za nieskuteczne. Przystąpienie zgłosił wykonawca X S.A., który nie jest samodzielnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum (...) składające się z dwóch członków konsorcjum. Przystąpienie zgłoszone przez X S.A. nie zawiera żadnej informacji czy choćby wzmianki o tym, że podmiot ten, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego, występuje w charakterze pełnomocnika/lidera ww. konsorcjum. Dodatkowo, nie załączono do przystąpienia pełnomocnictwa konsorcjalnego dla lidera. Przystąpienie nie spełnia zatem przesłanek, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Ponadto, pełnomocnicy X S.A. zostali umocowani wyłącznie do reprezentacji ww. Spółki, która w treści udzielonych pełnomocnictw została wskazana jako „Mocodawca”, a nie jako pełnomocnik ww. konsorcjum.

**176. Sygn. akt: KIO 1961/16, KIO 1962/16, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r.**

Izba wskazała, iż wymogiem art. 185 ustawy jest przystąpienie po jednej ze stron. Nie ma natomiast obowiązku, na który wskazywał zamawiający popierania wszystkich zarzutów odwołania. W ocenie Izby przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedyнным zakazem jaki ustanawia w takiej sytuacji ustawa, jest zakaz, o którym mówił przystępujący, składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.

**177. Sygn. akt: KIO 2183/16, Postanowienie KIO z dnia 29 listopada 2016 r.**

Ze zgłoszonego przystąpienia nie można ustalić, czy zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji zgłaszającego, gdyż nie przedstawiono dowodu potwierdzającego, że osoby udzielające pełnomocnictwa były umocowane do reprezentowania zgłaszającego. Nadto ze zgłoszenia nie wynika nawet oświadczenie zgłaszającego, że przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu, nie załączono także na ten fakt jakichkolwiek dowodów. Odwołujący złożył oświadczenie, że kopii takiej nie otrzymał. W ocenie Izby nie została zatem wypełniona przesłanka z art. 185 ust. 2 ustawy pochodzenia zgłoszenia od wykonawcy oraz przekazania kopii odwołującemu. W tym stanie rzeczy nie można było uznać zgłoszenia za skuteczne.

**178. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15,  
Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r.**

Oceniając skuteczność przystąpienia skarżącego do postępowania odwoławczego stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że zgłoszenie nie spełniało wymagań formalnych, albowiem osoba, która podpisała zgłoszenie nie wykazała umocowania do działania w imieniu Konsorcjum firm X. Do każdej pierwszej czynności w postępowaniu należy dołączyć pełnomocnictwo, aby udowodnić, że osoba ta jest uprawniona do zastępowania danego podmiotu. Wymóg ten ma wymiar bardzo ogólny, bowiem dotyczy w zasadzie każdego postępowania i pisma procesowego. Uważna lektura skargi wskazuje zaś, że okoliczność braku umocowania osoby dokonującej przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu skarżącego została wprost przyznana. Skarżący podnosił jedynie, że Krajowa Izba Odwoławcza powinna była wezwać do uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia. W związku z tym, należy odpowiedzieć na pytanie czy Krajowa Izba Odwoławcza była zobowiązana do wezwania osoby, która złożyła zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, aby uzupełniła braki formalne przystąpienia. W ocenie Sądu Okręgowego odpowiedź na to pytanie jest negatywna. Na wstępie przypomnieć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ogóle, a postępowanie odwoławcze i skargowe w szczególności cechuje znaczny stopień sformalizowania dalece wykraczający poza formalizm procedury cywilnej, czy administracyjnej. Formalizm ten służy wskazanym celom. Przewidziana przez ustawodawcę procedura badania dopuszczalności przystąpienia nie została uchwalona przypadkowo – *ratio legis* art. 185 ust. 2–4 analizowanej ustawy polega na weryfikacji zgłoszenia udziału w sprawie i przyznania zgłaszającemu statusu uczestnika. Zgodnie z art. 185 ust. 2 tej ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W odniesieniu do tego przepisu zaakcentować trzeba, że ustawodawca wprowadził bardzo krótki termin na zgłoszenie przystąpienia. Ma to jednak niewątpliwie na celu przyspieszenie postępowania, a idea ta przyświecała ustawodawcy przy kształtowaniu większości procedur w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i redagowaniu poszczególnych zapisów ustawy. Przykładowo odnotować można termin 2 dni na przesłanie przez Zamawiającego innym wykonawcom kopii odwołania (art. 185 ust. 1 P.z.p.), 15 dni na rozpoznanie odwołania przez Izbę (art. 189 ust. 1 P.z.p.), czy czas jedynie 7 dni na złożenie skargi do sądu (art. 198b ust. 2 P.z.p.). Można przypuszczać wobec tego, że taki zamiar miał ustawodawca nie dopuszczając procedury naprawczej, tj. wezwania do usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia. Żaden przepis ustawy nie przewiduje bowiem wezwania przystępującego do uzupełnienia jakichkolwiek braków formalnych zgłoszenia. Takie regulacje zostały wprowadzone wyłącznie w przypadku odwołania. Przepis art. 187 ust. 3 ustawy P.z.p. stanowi, że jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni (kolejnych bardzo krótki termin) od dnia doręczenia wezwania. Przepis ten powtarza i uszczegóławia § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jednolity Dz.U. 2014. poz. 964), zgodnie z którym w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5–8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2, Prezes Izby wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Zdaniem Sądu Okręgowego podstawy do wszczęcia procedury naprawczej dotyczącej zgło-

szenia przystąpienia nie stanowi, wbrew stanowisku skarżącego, § 13 ust. 2 wymienionego rozporządzenia, który mimo zwrotu „w szczególności”, nie zawiera zapisu o wezwaniu do uzupełnienia braków przystąpienia. Jest to kwestia ponad wszelką wątpliwość istotna i trudno sobie wyobrazić by ustawodawca jej nie uregulował. Zauważyć przy tym trzeba, że przepisy te nie zostały sformułowane na wzór art. 130 § 1 k.p.c., który dotyczy wezwania do usunięcia braków „pisma”. Zostały one skonstruowane bardziej na modłę przepisów odnoszących się do apelacji, a mianowicie art. 370 k.p.c. i 373 k.p.c., w których mowa jest o uzupełnianiu braków konkretnego pisma, a mianowicie „apelacji”. Podkreślić też należy, że przystępujący nie może złożyć pełnomocnictwa na rozprawie. Faktyczne przekazanie pisma zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej bez braków przed otwarciem rozprawy jest niezbędne, skoro w myśl art 185 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie później niż do czasu otwarcia rozprawy zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy (tak postanowienie SO w Lublinie z dnia 2 września 2010 r., IX Ga 258/10, (...)). Nie ma znaczenia argumentacja – podnoszona na rozprawie przed Sądem Okręgowym – że pełnomocnictwo znajdowało się w innej sprawie połączonej do wspólnego rozpoznania i powinno zostać uznane również w sprawie o sygn. akt KIO 476/15. Przepis art. 189 ust. 1 P.z.p. upoważnia Prezesa Izby do zarządzenia łącznego rozpoznania odwołań przez Izbę, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego. Połączenie kilku oddzielnych spraw w celu ich łącznego rozpoznania jest zabiegiem technicznym, który nie prowadzi do powstania jednej nowej sprawy, nie pozbawia połączonych spraw ich odrębności oraz nie zmienia faktu, że łącznie rozpoznawane sprawy są nadal sprawami samodzielnymi. W związku z tym, do każdej sprawy musi być dołączone odrębne pełnomocnictwo. Zbliżony charakter ma postępowanie przed Krajowym Rejestrem Sądowym, w którym fakt, że pełnomocnictwo dla danego pełnomocnika znajduje się w aktach nie oznacza, że składając kolejny wniosek wnioskodawca nie ma obowiązku takiego pełnomocnictwa złożyć. Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, iż regulacja art. 185 ust. 2 ustawy P.z.p. ma charakter restrykcyjny i wymaga od osób zgłaszających przystąpienie dużej ostrożności i staranności w działaniu. Wprowadzenie jej do ustawy nie było jednak przypadkowe i miało na celu zapewnienie sprawności postępowania. Podsumowując ten wątek, stwierdzić trzeba, że literalne brzmienie przepisów jest jednoznaczne i wobec tego procedowanie Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać za prawidłowe.

### Art. 186

#### 179. Sygn. akt: KIO 1748/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r.

(...) podstawą umorzenia postępowania odwoławczego, w świetle przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, jest w szczególności uwzględnienie zarzutów odwołania. Jednakże owo uwzględnienie zarzutów odwołania winno być jednocześnie sprzężone z realizacją żądań zawartych w odwołaniu. Z powołanego przepisu wprost wynika bowiem dla zamawiającego, który uwzględnił zarzuty odwołania w całości, obowiązek zadośćuczynienia postulatом zawartym w odwołaniu. Na powyższe zwróciła również uwagę Izba umarżając przedmiotowe postępowanie (sygn. akt: KIO 1189/16).

Za nieprawidłowe należy uznać takie zachowanie Zamawiającego, który w sposób wybiórczy realizuje żądania zgłoszone w odwołaniu. W takiej bowiem sytuacji, należałoby się zastanowić, czy w istocie mamy do czynienia z uwzględnieniem odwołania w całości, czy też uwzględnienie to ma charakter pozorny. Jednakże ocena powyższego winna być dokonywana *ad casum*.



W ocenie Izby, powołany przepis nie pozostawia wątpliwości co do powinnoego zachowania zamawiającego, a zatem, w sytuacji, w której komunikuje on o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, uprawnione jest oczekiwanie odwołującego co do wykonania wyartykułowanych żądań w treści odwołania. Jak wskazuje się w orzecznictwie, jedyną przeszkodę w realizacji przedmiotowych żądań stanowić może okoliczność, iż żądanie nie jest możliwe do realizacji z przyczyn obiektywnych bądź też jego wykonanie prowadziłoby do naruszenia przepisów prawa.

#### **180. Sygn. akt: KIO 2129/16, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2016 r.**

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że przedmiotem merytorycznego rozpoznania nie były zarzuty wycofane przez Odwołującego na początku rozprawy (...) lub w toku rozprawy, kiedy po zapoznaniu się z ewoluującym stanowiskiem Zamawiającego, który uznał część zarzutów za zasadne w całości (...), Odwołujący cofnął do zakończenia rozprawy większość spośród tych zarzutów, a także niektóre inne zarzuty (...).

Z kolei w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, a niewycofanych przez Odwołującego Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego, gdyż żaden z przystępujących po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia tych zarzutów (...). W szczególności Izba stwierdziła, że pomimo deklaracyjnego stwierdzenia w piśmie z 25 listopada 2016 r., że Zamawiający podtrzymuje postanowienia s.i.w.z., jednoczesne wskazanie, że jest skłonny dokonać uzupełnienia PFU o definicję „systemu nadrzędnego”, którą zaprezentował w tym piśmie, w pełni czyni zadość żądaniu odwołania, a zatem stanowi *de facto* uznanie zasadności zarzutu II.16.

W rezultacie przedmiotem merytorycznego rozpoznania były zarzuty niewycofane lub nieuwzględnione przez Zamawiającego i tylko one miały znaczenie dla ustalenia wyniku sprawy (...).

#### **181. Sygn. akt: KIO 2274/16, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r.**

14 grudnia 2016 roku, przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2274/16 oświadczenie o cofnięciu odwołania, jednocześnie wskazując, że otrzymał w dniu 12 grudnia 2016 roku pisma od Zamawiającego o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zamiarze dokonania ponownego badania i oceny ofert, co w ocenie Odwołującego stanowi uznanie odwołania przez niego wniesionego.

Odwołujący wniósł również o zwrot całości kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba na posiedzeniu dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe postępowanie podlega umorzeniu w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami) oraz zgodnie z tym przepisem Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Izba zaznacza, że nie doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, ponieważ w tym zakresie niezbędne byłoby złożenie przez Zamawiającego stosownego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, które zostałyby skierowane do Izby (art. 186 ust. 2 ustawy) przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (art. 186 ust. 1 ustawy). W tej sprawie Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, ale nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, lecz wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na dokonane czynności i w konsekwencji brak wpływu na wynik postępowania rozstrzygnię-

cia w zakresie postawionych zarzutów. Izba podkreśla, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu, jak również, że stanowią one uwzględnienie zarzutów odwołania.

### **182. Sygn. akt: KIO 2327/16, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza uznała na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, bez ich obecności (niestawiennictwo), że zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący cofnął pozostałe zarzuty w rozumieniu art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, jednakże z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a jedynie nie uwzględnił w całości żądań zawartych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 3a ustawy Pzp stanowi o uwzględnieniu przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego. Określenia – uwzględnienie i cofnięcie – dotyczą zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a nie żądań zawartych w odwołaniu.

### **183. Sygn. akt: KIO 2348/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) – przyp. red.*), niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, w tym złożenia sprzeciwu wobec uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 27 grudnia 2016 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

### **184. Sygn. akt: XII Ga 651/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 listopada 2015 r.**

W ocenie Sądu Okręgowego procesowa czynność w postaci wniesienia sprzeciwu jest jednak na tyle istotną czynnością, że nie może być najmniejszych wątpliwości, czy Uczestnik postępowania takowy sprzeciw wniósł, czy też nie. To, że w toku postępowania przed Izbą strona skarżąca faktycznie składała oświadczenia, których treść nie była w całości zbieżna ze

stanowiskiem zamawiającego nie mogło, w ocenie Sądu Okręgowego, stanowić podstawy do przyjęcia, iż do wniesienia sprzeciwu doszło w drodze czynności konkludentnych (a taką sytuację zdaje się dopuszczać Izba w swoim uzasadnieniu). Jeżeli możliwość ustnego wniesienia sprzeciwu do protokołu jest odstępstwem od zasady pisemności, to rzeczą oczywistą jest, że ta wyjątkowa regulacja nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, zgodnie z utrwalonymi zasadami wykładni. W ocenie Sądu Okręgowego wniesienie sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp., musi mieć charakter wyraźny, stanowczy i formalny (takie stanowisko prezentowane jest w uzasadnieniu postanowienia KIO z dnia 8 października 2013 r., KIO 2321/13). Możliwa jest sytuacja, że w trakcie posiedzenia Izby w przedmiocie badania odwołania lub na rozprawie, zachowanie jednego z uczestników może sugerować, że uczestnik ten w istocie wnosi sprzeciw (oczywiście w sytuacji spełnienia przesłanek wynikających z odpowiednich regulacji Pzp.). W takiej jednak sytuacji winna Izba uzyskać od tego uczestnika stanowcze oświadczenie, stosując odpowiednie instrumenty procesowe, czy taki sprzeciw uczestnik ten zgłasza, czy też nie. Izba musi mieć w tej materii wyraźne stanowisko, bowiem to kształtuje dalszy możliwy tok jej postępowania (art. 186 ust. 2 i 3 Pzp).

Niewątpliwie uczestnik, który nie wniósł sprzeciwu, nie powinien zajmować stanowiska sprzecznego ze stanowiskiem strony, do której przystąpił. Ustawodawca nie przewidział jednak prawnych konsekwencji takiego działania przy braku formalnego wniesienia sprzeciwu. To, że takie stanowisko uczestnika nie może wywierać praktycznie żadnych skutków wynika z treści wskazanej normy.

### **Art. 187 ust. 6**

#### **185. Sygn. akt: XII Ga 369/15, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 3 lipca 2015 r.**

W niniejszej sprawie odwołanie zostało poddane kontroli pod względem braków formalnych i fiskalnych, wobec stwierdzenia braków fiskalnych zostało ono na mocy art. 187 ust. 6 Pzp zwrócone postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Podstawę dla zwrotu stanowiło tu to, że odwołujący do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania nie uiścił wpisu w wymaganej przepisami prawa kwocie. Podkreślić należy, że na postanowienie takie nie przysługuje żaden środek zaskarżenia, skarga do sądu służy bowiem jedynie wobec orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, a nie wobec orzeczeń Prezesa KIO (...). Artykuł 198a ust. 1 Pzp wyraźnie bowiem ogranicza zastosowanie środka jakim jest skarga tylko do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Przy tym godzi się wspomnieć, że skarga do sądu służy na dwa rodzaje orzeczeń wydawanych przez składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej – na orzeczenie merytoryczne rozstrzygające spór co do istoty, czyli na wyrok, oraz na postanowienia kończące postępowanie odwoławcze. Postanowieniami tymi są postanowienie o odrzuceniu odwołania (art. 189 ust. 2) oraz postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 5).

### **Art. 189 ust. 2 pkt 2**

#### **186. Sygn. akt: KIO 2378/16, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2016 r.**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., tzn. z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Brak uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej wynika z faktu, iż podmiot wnoszący odwołanie, tj. Pani Agnieszka G., w dniu wniesienia odwołania nie posiadała należytego umocowania do wniesienia odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 16 grudnia 2016 roku, natomiast uzupełnione

pełnomocnictwo zostało opatrzone datą 20 grudnia 2016 roku, co oznacza, że w dniu wniesienia odwołania Pani Agnieszka G. nie była uprawniona do jego wniesienia.

Przepisy ustawy P.z.p. z części dotyczącej środków ochrony prawnej nie zawierają regulacji dotyczących pełnomocników i pełnomocnictw w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie zawierają również generalnego odesłania do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, dzięki czemu możliwe byłoby stosowanie do postępowań przed Izbą przepisów o pełnomocnictwach zawartych w K.p.c.

Ustawa P.z.p. w art. 14 stanowi jednak, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Odesłanie to umożliwia zatem udzielenie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania na podstawie przepisów K.c. Odwołanie może zostać podpisane przez odwołującego albo przez jego przedstawiciela lub pełnomocnika. Wynika to z treści art. 95 i 96 K.c., zgodnie z którymi, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z treści czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. Umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo).

### **Art. 189 ust. 2 pkt 3**

#### **187. Sygn. akt: KIO 2047/16, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r.**

Tym samym w omawianym zakresie orzeczono zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, np. w wyroku KIO z dnia 27 października 2015 r. Sygn. akt: KIO 2191/15, gdzie stwierdzono, iż odwołanie, zawierające zarzuty, które samodzielnie postawione wywoływałyby skutek w postaci odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie podlega „częściowemu odrzuceniu”, w tym zakresie, w jakim co do poszczególnych zarzutów zachodzą podstawy wymienione w tym przepisie, ale te zarzuty nie podlegają rozpatrzeniu. Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział regulację, w których Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest zakończyć postępowanie odwoławcze bez jego merytorycznego rozpatrzenia, wydając odpowiednie postanowienie [o odrzuceniu odwołania, umorzeniu postępowania odwoławczego] tylko wtedy, gdy zachodzi całkowity brak potrzeby wydania rozstrzygnięcia merytorycznego. Całokształt regulacji zawartych w ustawie wskazuje, że jeśli w danym postępowaniu odwoławczym postawiono zarzuty podlegające rozpatrzeniu, a także takie, co do których zachodzi niemożność orzekania [przykładowo, zachodzą wobec nich stany, co do których odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy] albo, które stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe [zarzuty wycofane, a także zarzuty uwzględnione przez zamawiającego], Izba obowiązana jest wydać orzeczenie merytoryczne w takim zakresie, jaki jest dopuszczalny i sporny między stronami. Regulacja ta przewiduje zatem obowiązek odrzucenia odwołania, jeśli wszystkie postawione zarzuty objęte są dyspozycją art. 189 ust. 2 ustawy, bowiem w takim wypadku orzeczenie merytoryczne jest niedopuszczalne. (...)

Stanowisko powyższe jest aprobowane w orzecznictwie. Przykładowo, w odniesieniu do zarzutów niepodlegających rozpoznaniu z uwagi na wystąpienie podstaw do odrzucenia odwołania, w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15, niepubl. zostało zaakcentowane: „[...] zarzut ten – jako spóźniony nie powinien być przez Izbę uwzględniony, gdyż wobec upływu zawitego terminu do jego wniesienia uprawnienie w tym względzie wygasło. Gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 P.z.p., odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwo-

łania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozostawiony bez rozpoznania. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. KIO 61/14, iż przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni *contra legem* przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1–3 i art. 189 ust. 3 P.z.p., bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.”.

### **188. Sygn. akt: XII Ga 847/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 4 lutego 2016 r.**

Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, że przedmiotem rozstrzygnięcia wydanego przez KIO, a zarazem przedmiotem skargi jest postanowienie odrzucające odwołanie wniesione przez stronę odwołującą w formie pisemnej. Strona skarżąca nawet nie kwestionuje faktu, że odwołanie wniesione w formie pisemnej faktycznie zostało dostarczone do siedziby KIO w terminie przyjętym przez KIO, a podanym w uzasadnieniu. Analiza uzasadnienia zarzutów zawartych w skardze prowadzi do wniosku, że w ocenie strony skarżącej, termin do wniesienia odwołania został przez nią zachowany, a to z uwagi na fakt wcześniejszego przesłania treści odwołania w formie mailowej, a następnie swoistego jego uzupełnienia w formie pisemnej. Otóż w ocenie Sądu Okręgowego nie można podzielić poglądu, zgodnie z którym wniesienie odwołania może polegać na wykorzystaniu niejako łącznie formy elektronicznej i zwykłej pisemnej. Są to odrębne formy przewidziane w ustawie i strona odwołująca się winna dokonać wyboru sposobu wniesienia odwołania. To z kolei determinuje ewentualne czynności Izby w przypadku obarczenia wniesionego odwołania określonymi brakami (zgodnie z treścią rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. 2014 r. poz. 964 ze zm.) – przyp. red.*]). Nie ulega zatem wątpliwości, że rozstrzygnięcie KIO w przedmiocie odrzucenia odwołania wniesionego przez stronę skarżącą w dniu 9 listopada 2015 r. w formie pisemnej jest prawidłowe, bowiem istotnie odwołanie to zostało wniesione z uchybieniem wymogów przewidzianych w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, w żadnej mierze nie są uzasadnione zarzuty naruszenia wskazanych w skardze przepisów ustawy pzp, przepisów kpc, czy też norm konstytucyjnych.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 4**

### **189. Sygn. akt: KIO 1830/16, Wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r.**

(...) skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, iż nie było podstaw do stwierdzenia, aby obecne odwołanie dotyczyło czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Zasadniczo wyrokiem Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, do której nakazała przywrócić ofertę Odwołującego, a jednocześnie, pomimo zarzutu podniesionego wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum X na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, nie nakazała odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazane w uzasadnieniu wyroku wytyczne dla Zamawiającego co do zakresu przyszłych czynności, które powinny zmierzać do wyjaśnienia treści ofert Odwołującego i Konsorcjum X, nie przesądzały jednoznacznie o wyniku ich oceny, a tym samym nie było możliwe powiązanie wyniku postępowania ustalonego po wykonaniu nakazanych czynności z rozstrzygnięciem Izby. Inaczej mówiąc, treść wyroku nakazująca powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie przesądzała o tym jakie czynności Zamawiający podejmie na skutek wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum X, w szczególności nie zawierała wskazania na konieczność jej odrzucenia. Samo wskazanie w uzasadnieniu na potrzebę wezwania Konsorcjum X, z przyczyn



oczywistych, nie mogło wywoływać dalej idących skutków dla przyszłych czynności. To Zamawiający mógł ocenić przyszłe wyjaśnienia wykonawcy, co do których Izba nie wypowiedziała się dotąd wyrokiem. Powyższe oznacza zatem, iż ponowny wybór oferty najkorzystniejszej mógł stanowić przedmiot zaskarżenia, jako nowa czynność w postępowaniu podjęta po przeprowadzeniu nakazanych wyrokiem Izby czynności w postępowaniu. Dodatkowe wyjaśnienia z dnia 12.9.2016 r. złożone przez Konsorcjum X zmieniały stan faktyczny postępowania, w jakim Zamawiający dokonywał czynności badania i oceny oferty poprzedzające jej ponowny wybór. W związku z powyższym również nie znalazł uzasadnienia wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 5**

#### **190. Sygn. akt: KIO 2088/16, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2016 r.**

Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zachodzą przesłanki obligujące Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

W szczególności Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeśli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odrzucenie odwołania na podstawie wskazanego przepisu może mieć miejsce w sytuacji, gdy w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało wniesione odwołanie, które Izba uwzględniła i nakazała zamawiającemu wykonanie określonej czynności. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli dotyczy ono czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem. Wykładnia *a contrario* art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. wskazuje, że odwołanie nie zostanie odrzucone, w sytuacji, gdy zamawiający wykonał nakazane czynności w sposób odmienny niż wynikało to z wyroku Izby.

Podkreślenia wymaga, że czynności nakazane przez Izbę zamawiający musi wykonać biorąc pod uwagę całość wyroku, tj. nie tylko jego sentencję, ale także ustalenia i wnioski zawarte w uzasadnieniu. Z uzasadnienia wyroku z dnia 2 września 2016 roku sygn. akt KIO 1458/16 wynika, że Izba rozpoznała i szczegółowo odniosła się do takich okoliczności, jak charakter kalkulacji cenowej, cenotwórcze elementy oferty w zakresie obsługi technicznej wozu (części zamienne) oraz wynagrodzenia. W tym zakresie Izba uznała, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający obowiązany był zatem dokonać nakazane przez Izbę czynności z uwzględnieniem powyższych założeń. Podkreślić należy, że wskazane orzeczenie nie zostało zaskarżone do sądu okręgowego, w związku z czym stało się ono prawomocne i formalnie zakończyło spór w tym zakresie. Tym samym nie może ono zostać zmienione poprzez jakikolwiek czynności zamawiającego. Tymczasem treść wystosowanego przez zamawiającego [odwołującego – *przyp. red.*] odwołania wskazuje na to, iż zamawiający nie uwzględnił stanowiska Izby wyrażonego w wyroku, stąd też w rozpoznawanej sprawie nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.

#### **191. Sygn. akt: KIO 2154/16, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r.**

Obecnie kwestionowana czynność jest to czynność ponownego wyboru oferty przystępującego na skutek ponowionej oceny ofert. Oferta przystępującego była wybierana w oparciu o inne dokumenty niż w przypadku pierwszego odwołania, tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że zachodzą te same okoliczności co we wcześniejszych odwołaniach. Pierwotnie przedmiotem zarzutu w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016 r. był brak

wskazania okresu nabywania doświadczenia, tak w zakresie wdrożenia, jak i modyfikacji, obecnie zaś wyłącznie modyfikacji, gdyż na skutek uzupełnienia wykazu osób zmieniły się okoliczności stanowiące podstawę odwołania. Nie było także podstaw do przyjęcia, że dokonane przez zamawiającego czynności zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Izby, gdyż Odwołujący odtajnienia dokumentów nie kwestionuje, a Izba szczegółowych wymagań w zakresie ponowienia czynności badania i oceny ofert nie formułowała. Nie można także uznać, że czynności zamawiającego wykonane na skutek uwzględnienia żądań pierwszego odwołania odwołującego zostały wykonane zgodnie z tym żądaniem, gdyż odwołujący żądania dotyczące badania wykazu osób odnosił do całości 12 miesięcznego doświadczenia, a zamawiający badając wykaz pierwotny i uzupełniony doszedł przy wyborze z dnia 14 listopada 2016 r. do przekonania, że dysponuje dowodami potwierdzającymi spełnienia warunku potencjału osobowego. Odwołujący w pierwszym odwołaniu nie żądał oceny uzupełnionego wykazu i to właśnie ta ocena jest nową czynnością, nie związaną z uwzględnieniem żądań odwołującego. W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie może zostać odrzucone w oparciu o którąkolwiek z podstaw wskazywanych przez przystępującego i zamawiającego.

### **192. Sygn. akt: XIX Ga 502/15, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 lipca 2015 r.**

Wbrew twierdzeniom skarżącego wcześniejszy wyrok Izby z 19 marca 2015 r. nie zawierał nakazu wykluczenia z postępowania przeciwnika skargi, a jedynie nakazał unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert po wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentacji. Z tego względu nie sposób uznać, iż czynność zamawiającego w postaci wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu była czynnością, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (ust. 2 pkt. 5 tego przepisu).

### **Art. 189 ust. 2 pkt 6**

### **193. Sygn. akt: KIO 2387/16, Postanowienie KIO z dnia 29 grudnia 2016 r.**

W katalogu czynności, od których przysługuje odwołanie, umieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, brak jest czynności rozstrzygnięcia konkursu. Ustawa nie przyznaje zatem ochrony prawnej w postaci odwołania od takiego rozstrzygnięcia.

Należy zauważyć, że zarówno w dyrektywach, jak i prawie krajowym, konkurs nie jest procedurą zmierzającą do udzielenia zamówienia publicznego. Procedura konkursu została rozróżniona od procedury udzielenia zamówienia publicznego. Odmienną procedurą konkursu dotyczy m.in. instytucji (np. sąd konkursowy zamiast komisji przetargowej). Czym innym jest także oferta, a czym innym praca konkursowa. Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się wybór pracy zwycięskiej w konkursie. art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o wartości zamówienia niższej od tych kwot, zasadą jest, że odwołanie nie przysługuje. Ustawodawca wprowadził zaledwie kilka sytuacji, w których odwołanie przysługuje – sytuacje te zostały wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”. Katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, ma charakter wyjątku od zasady i wyjątków tych nie można interpretować rozszerzająco.

Zarzuty przedstawione w przedmiotowym odwołaniu nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś rozstrzygnięcia konkursu. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Bez wpływu dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie ma nieprawidłowe pouczenie sformułowane w Regulaminie konkursu Rozdział VIII (pkt 18).

### **Art. 189 ust. 2 pkt 7**

#### **194. Sygn. akt: III Ca 302/15, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 23 kwietnia 2015 r.**

W rozpoznawanej sprawie odwołujący w dniu 29 grudnia 2014 roku przesłał zamawiającemu drogą elektroniczną kopię odwołania. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 u.p.z.p. w związku z art. 180 ust. 5 u.p.z.p. z powodu, że przesłana zamawiającemu kopia odwołania nie zawierała podpisu. W przypadku przesłania drogą elektroniczną zamawiającemu kopii odwołania nie jest wymagane zachowanie wymogu pisemności. W oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 7 u.p.z.p., brak podpisu pod kopią odwołania nie może stanowić podstawy do odrzucenia przez Izbę odwołania, bowiem wskazanie w treści cytowanego przepisu na kopię odwołania oznacza wyłączenie obowiązku zachowania formy pisemnej, dla której zachowania warunkiem koniecznym jest złożenie własnoręcznego podpisu. Brak podpisu na kopii odwołania nie stanowi wady skutkującej odrzuceniem przez KIO odwołania. Wskazać należy, że obowiązek przesłania kopii odwołania ma na celu umożliwienie zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania, w tym w szczególności z podniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją. W niniejszej sprawie odwołujący dochował obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania wysyłając mu drogą elektroniczną identyczną treść pisma złożonego do Izby. W tym zakresie

Sąd Okręgowy podziela dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone między innymi w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 roku, sygn. akt KIO 1060/14, wyroku z dnia 25 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 59/11, tudzież wyroku z dnia 20 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 19/09.

#### **195. Sygn. akt: KIO 2074/16, Postanowienie KIO z dnia 15 listopada 2016 r.**

We wskazanym terminie Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania na wskazane przez niego adresy, pod którymi Zamawiający tego typu informacji oczekiwał i mógł się spodziewać. Nie sposób oczekiwać od Zamawiającego, iż przed wykonaniem poszczególnych czynności w postępowaniu sprawdzał będzie i przeszukiwał wszystkie swoje adresy e-mailowe lub fizyczne lokalizacje – inne niż wskazane wykonawcom do korespondencji – w celu ustalenia, czy nie wpłynęło odwołanie i może podejmować dalsze czynności. Tym samym przekazanie informacji o odwołaniu na inny adres Zamawiającego niż adres do tego wskazany i przeznaczony, należy uznać za brak wypełnienia dyspozycji art. 180 ust. 5 Pzp.

### **Art. 190 ust. 1–7**

#### **196. Sygn. akt: KIO 1648/16, Wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r.**

(...) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał, z mocy przepisu art. 190 ust. 1a Pzp, na Przystępującym. Przepis ten nie wyraża jednak bezwzględnego obo-

wiązku składania w postępowaniu odwoławczym jakichś nowych dowodów potwierdzających tą okoliczność (choć zakazu takiego również nie ma). Wykonawca, którego oferty dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny, może – jeżeli uważa to za wystarczające – odwołać się do uprzednio złożonych zamawiającemu wyjaśnień, wskazując na relewantne dla oceny zarzutu okoliczności w nich podniesione i dowody na ich poparcie.

### **197. Sygn. akt: KIO 1737/16, Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r.**

Izba w niniejszym składzie podziela, co do zasady pogląd, iż w ramach zarzutu odnoszącego się do ceny rażąco niskiej winny być brane pod uwagę jedynie wyjaśnienia i dowody prezentowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej są czynności podmiotu zamawiającego dokonane w ramach ww. postępowania. Jednakże Izba dopuszczając powyższe dowody uznała, iż stanowią one potwierdzenie oświadczeń Odwołującego złożonych w toku postępowania, które Zamawiający zanegował jako mało prawdopodobne. Odwołujący przedłożonymi dowodami potwierdził prawdziwość swoich oświadczeń złożonych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień.

### **198. Sygn. akt: KIO 1911/16, Wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r.**

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowo-

dów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne. Jednocześnie, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

**199. Sygn. akt: KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16,  
Wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r.**

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp, o której była mowa powyżej.

W konsekwencji, o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy zatem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Niewątpliwie podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z jednej strony nie można obarczać skarżącego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana. Z drugiej strony zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że nie mogły one być wystarczające dla uzasadnienia ceny wskazanej w ofercie. Odwołujący, jeżeli chce mieć szansę na uwzględnienie odwołania, powinien sprecyzować, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia i wykładni przepisów ustawy pzp dotyczących problematyki rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim dla wykonawcy składającego ofertę w tym samym postępowaniu, który sam musiał skalkulować jej cenę, nie powinno nastroczać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające.



**200. Sygn. akt: VII Ga 48/15,  
Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

Wnioski zaś dowodowe Skarżącego zgłoszone w odwołaniu zasadnie podlegały oddaleniu przez KIO jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i zmierzające do przedłużenia postępowania. Potencjał swój X sp. z o.o. powinna wykazać poprzez wypełnienie warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokumentami znajdującymi się w posiadaniu samego Skarżącego, a nie przed Sądem i KIO. Powoływanie dowodu z przesłuchania stron oraz świadka na okoliczność wykazania potencjału technicznego, ekonomicznego i gospodarczego jest nieuzasadnione. Ten potencjał nie jest kwestionowany, zakwestionowane zostało przez Zamawiającego wypełnienie warunków Zamówienia i w tym kierunku winna była zmierzać ewentualna inicjatywa dowodowa Skarżącego.

**201. Sygn. akt: XII Ga 303/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2015 r.**

Z uwagi na konstrukcję art. 90 pzp, zdaniem Sądu Okręgowego, obowiązek ten zachodzi już na etapie udzielania wyjaśnień zamawiającemu, szczególnie z uwagi na treść ust. 3 art. 90 pzp. Uznanie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy za dostateczne i wybór tej oferty nie oznaczają jednak, iż decyzja wyboru pozostaje ostateczna. Wszak to w postępowaniu przed KIO prezentowane są i rozważane argumenty uczestników przetargu. Z żadnego bowiem przepisu cyt. Ustawy nie wynika, aby decyzja zamawiającego w kwestii wyboru wykonawcy, w przypadku gdy uznał wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające, nie mogła podlegać weryfikacji z punktu widzenia zarzutów odwołania i tylko w tym zakresie. Właściwe postępowanie weryfikujące zarzut toczy się zatem przed Krajową Izbą Odwoławczą, która orzeka na podstawie dowodów zaofiarowanych przez strony i uczestników postępowania /art. 190 ust. 1 pzp/, oceniając ich wiarygodność i moc na podstawie własnego przekonania i wszechstronnego rozważenia zebranego materiału /ust. 7 art. 190 pzp/. Ponieważ nakaz udowodnienia bezzasadności zarzutu rażąco niskiej ceny został umieszczony w treści cyt. art. 190 pzp /ust. 1 a pkt 1/ oczywiście pozostaje to, iż wymóg ten winien wykonawca spełnić w toku postępowania przed Izbą. W konsekwencji postępowanie dowodowe to jest oferowanie i roztrząsanie dowodów pozostaje rolą Izby Odwoławczej, tym bardziej, że powołany art. 190 pzp mieści się w części Ustawy /rozdział 2/ zatytułowanej –Odwołanie. Tak przejawiająca się rola Izby plasuje ją na pozycji analogicznej do pozycji sądu *meriti* czyli sądu I instancji. Wszak nie bez przyczyny postępowanie przed sądem okręgowym nie jest już kontynuowane w dalszych instancjach. O ile zatem sąd okręgowy w wyniku rozpoznania skargi może wydać orzeczenie reformatoryjne o tyle dalsze postępowanie dowodowe prowadzi jedynie w ramach zakreślonych treścią art. 381 kpc.

**202. Sygn. akt: IV Ca 204/15, Wyrok SO w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r.**

W związku z wnioskiem skarżących o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków wskazać należy, iż przedmiotem zeznania powinny być, co do zasady, osobiste spostrzeżenia świadka, a nie sądy o faktach tworzone w drodze wnioskowań czy wartościowania. Obowiązujące prawo procesowe cywilne nie reguluje instytucji świadka – biegłego (osoby, która z racji swoich wiadomości specjalistycznych mogłaby spostrzeżone przez siebie fakty przedstawiać razem z punktu widzenia posiadanych przez nią wiadomości specjalnych). Doktrynę i judykaturę charakteryzuje niejednorodność poglądów w kwestii dopuszczalności łączenia obu ról procesowych świadka i biegłego przez jedną osobę (...).

O ile świadek ma zakomunikować swoje spostrzeżenia dotyczące okoliczności faktycznych, o tyle biegły ma poddać te okoliczności ocenie fachowej. Nawet, zatem, kiedy świadek dysponuje wiedzą fachową, jego zeznania pozostaną informacją o faktach spostrzeżonych i ocenionych przez świadka. Zasadność tych ocen, należących do wiadomości specjalistycznych, wyma-

ga już udziału biegłego, aby mogła być przyjęta przez sąd za wiążący element ustaleń faktycznych (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 lutego 2008 r., V CSK 457/07 (...)).

Z powyższych względów Sąd II instancji oddalił wnioski skarżących o przesłuchanie w charakterze świadków dr inż. Józefa G. oraz dr hab. inż. Krzysztofa A., na okoliczność m.in. technologii i metodologii wykonywania prac leśnych, wymaganej do tego liczby pracowników, sposobów kalkulowania wartości ofert. Tak sformułowana teza dowodowa wskazuje bowiem, że intencją skarżących było w istocie nadanie zeznaniom wskazanych świadków charakteru opinii biegłego. Osoby te, jako niezwiązane w żaden sposób z przeprowadzonym przetargiem nie mogłyby, bowiem wypowiadać się na temat okoliczności rozpoznawanej sprawy, których były naocznymi świadkami, a ich wypowiedzi miałyby jedynie charakter subiektywnych sądów, tworzonych w drodze wnioskowania, czy wartościowania ustalonych w sprawie faktów.

### **203. Sygn. akt: IX Ga 141/15, Wyrok SO w Lublinie z dnia 14 lipca 2015 r.**

Artykuł 190 ust. 7 powyższej ustawy [ustawy Pzp – przyp. red.] wskazuje, iż skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Organ procesowy zatem ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Swobodna ocena dowodów nie może być utożsamiana z oceną dowolną i arbitralną. Musi bowiem opierać się na kryteriach pozwalających sprawdzić prawidłowość oceny. Dlatego też, stosując zasadę swobodnej oceny dowodów, skład orzekający obowiązany jest przestrzegać zasad logicznego rozumowania, a więc może z zebranego materiału dowodowego wyprowadzić wnioski tylko logicznie uzasadnione. Ocena dowodów nie może się sprowadzać do ilościowego porównania przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków.

### **204. Sygn. akt: XXIII Ga 1072/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r.**

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy i staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe oraz w sposób wnikliwy i wszechstronny rozważyła wszystkie zaoficerowane jej dowody i twierdzenia. Całkowicie niezasadne i gołosłowne są twierdzenia skarżącego w przedmiocie bezkrytycznego powtórzenia stanowiska odwołującego przez Izbę. Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.

### **205. Sygn. akt: XXIII Ga 930/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 września 2015 r.**

Żaden przepis postępowania z ustawy Pzp nie ogranicza stron w składaniu wniosków dowodowych dla wykazania swojego stanowiska, wręcz przeciwnie ww. powołane przepisy nakładają obowiązek ich przeprowadzenia, jeśli są uzasadnione. Dlatego, co do zasady, powoływanie się na prędkość postępowania zamówień publicznych nie może jednocześnie negować ww. zasady procesowej i prawa strony i uczestników postępowania do wykazania swoich racji. Zwłaszcza, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp), zaś Sąd Okręgowy związany jest treścią art. 316 § 1 kpc w związku z art. 391 § 1 kpc.

### **206. Sygn. akt: XII Ga 405/15, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 października 2015 r.**

Stosownie do treści art. 190 ust. 7 pzp, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Istotą tego artykułu jest więc to, iż skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzo-

nych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Organ procesowy zatem ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Swobodna ocena dowodów nie może być utożsamiana z oceną dowolną i arbitralną. Musi bowiem opierać się na kryteriach pozwalających sprawdzić prawidłowość oceny. Dlatego też, stosując zasadę swobodnej oceny dowodów, skład orzekający obowiązany jest przestrzegać zasad logicznego rozumowania, a więc może z zebranego materiału dowodowego wyprowadzić wnioski tylko logicznie uzasadnione. Ocena dowodów nie może się sprowadzać, np. do ilościowego porównania przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków. Winna opierać się na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (tak w stosunku do oceny dowodów w procesie cywilnym SN w wyroku z 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, nr 10, poz. 200). Omawiana zasada dotyczy wszystkich środków dowodowych. Każdy z nich podlega na równi wszechstronnej ocenie, bez względu na jego znaczenie dla wyniku sprawy, a dokonanie oceny powinno nastąpić na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Ocenie podlega także odmowa przeprowadzenia dowodu przez stronę albo stawianie przeszkód w przeprowadzeniu dowodu z urzędu przez skład orzekający (...).

#### **207. Sygn. akt: II Ca 19/16, Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r.**

Odwołujący się w swoim odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej przedstawił uzasadnione argumenty, które wskazywały na naruszenie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia zasad równości i nieograniczania uczciwej konkurencji. W takim zaś wypadku – zgodnie z opisanym powyżej ciężarem dowodu – to na zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, że opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania i nieograniczania uczciwej konkurencji, było uzasadnione ze względu na jego racjonalne i uzasadnione potrzeby. To zamawiający bowiem wywodził w niniejszym postępowaniu, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia odpowiada jego uzasadnionym i racjonalnym potrzebom.

#### **208. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku dnia 28 lipca 2016 r.**

Granice swobodnej oceny dowodów wyznaczają: obowiązek wyprowadzenia przez Izbę z zebranego materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych, ramy proceduralne, poziom świadomości prawnej arbitra oraz dominujące poglądy na stosowanie prawa. Swobodna ocena dowodów dokonywana jest przez pryzmat własnych przekonań członków składu orzekającego, ich wiedzy i posiadanego zasobu doświadczeń życiowych. Uwzględnia wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których Izba w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i – wając ich moc oraz wiarygodność – odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. A zatem z dowolną oceną zebranego w sprawie materiału dowodowego mamy miejsce wówczas, gdy Izba przekroczy granice oceny swobodnej.

#### **209. Sygn. akt: VI Ga 306/16, Wyrok SO w Legnicy z dnia 5 sierpnia 2016 r.**

W orzecznictwie powszechnie wskazuje się, że wobec nieuregulowania wszystkich kwestii postępowania odwoławczego w ustawie Prawo zamówień publicznych poprzez analogię stosuje się zasady wyrażone w art. 233 § 1 k.p.c. Oznacza to, że dopuszczenie się obrazy art. 190 ust. 7 p.z.p. może polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki, albo też na niedokonaniu wszechstronnego rozwa-

żania sprawy. Bezskuteczne zatem pozostaje podważenie przez skarżącą tej oceny dokonanej przez KIO, polegające jedynie na wyprowadzeniu przez skarżącą własnych wniosków co do faktów podlegających ocenie prawnej, bez wskazania zarzutów, wskazujących na brak logiki lub naruszenie zasad doświadczenia życiowego przy ocenie dowodów przez KIO (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2012 r., IX Ga 281/12; wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 21.02.2013 r., II Ca 680/12).

### **210. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r.**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1, 3, 4 i 6 Pzp wskazać należy, że konieczność powołania przedmiotowego środka dowodowego, występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (por. wyr. SO we Wrocławiu z 15.1.2010 r., X Ga 380/09, niepubl.); tak również KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2013 r., w sprawie KIO 556/13, gdzie wskazano, że „Celem dowodu z biegłych, w świetle art. 278 KPC, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych). Podkreślić wobec tego należy, że rolą biegłego w postępowaniu dowodowym nie jest ustalanie okoliczności faktycznych, lecz na podstawie faktów już udowodnionych w sprawie, przedstawić wnioski w zakresie wiedzy specjalnej, jaką dysponuje biegły. Opinia biegłego powinna zatem obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów. Jednocześnie zadaniem biegłego nie jest wyłączenie sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych (...).

Zgodzić się należy z tezą, że obliczenie ceny ofertowej, czy weryfikacja poprawności tego działania – a to ten aspekt miał być przedmiotem dowodu z opinii biegłego w przedmiotowej sprawie – nie wymaga wiadomości specjalnych. Jest to wiedza, którą posiada każdy potencjalny wykonawca. Jest on w stanie samodzielnie, bez konieczności pomocy biegłego, oszacować prawidłowo cenę ofertową. Taką wiedzę posiadają także zamawiający, którzy zobligowani są do obliczania wartości szacunkowej zamówienia oraz weryfikacji obliczeń przedstawionych w ich ofertach. Jaką wiedzę posiada także skład orzekający izby, która rozstrzyga liczne spory na tle poprawności obliczeń ceny ofertowej i kwestii związanych z oceną, czy nie jest ona rażąco niska. Kwestia rażąco niskiej ceny została w toku rozprawy przed KIO dostatecznie wyjaśniona, w szczególności w oparciu o przedstawione przez strony dowody w postaci dokumentów. Nie było zatem potrzeby przeprowadzania kolejnego dowodu na tę samą okoliczność. Nie była to również sytuacja, jak próbuje to wykazywać obecnie Skarżący, gdzie fakty które miały być stwierdzone wnioskowanym dowodem nie mogły być stwierdzone w inny sposób. Dowód z opinii biegłego jak każdy dowód, podlega ostatecznej ocenie przez podmiot orzekający w ramach swobodnej oceny dowodów. (...)

Odnosząc się wreszcie do ostatniego z zarzutów sformułowanych w skardze, a mianowicie naruszenia art. 190 ust. 7 Pzp podnieść należy, że zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. W konsekwencji organ procesowy ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. (...) W konsekwencji Izba posiada dość szerokie uprawnienia w zakresie oceny materiału dowodowego i dopóki działa w tych granicach nie może być mowy o dowolnej ocenie. Dopiero przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów uzasadnia twierdzenie, że miało miejsce naruszenie. W zakresie winny mieć zastosowanie poglądy odnoszące się do sformułowanej w art. 233 k.p.c. tożsamej zasady swobodnej oceny dowodów. Zgodnie z tym przepisem Sąd ocenia wiarygodność, i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszech-

stronnego rozważenia zebranego materiału. Sąd oceni na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu. Powołany przepis stanowi wyraz obowiązującej w procedurze cywilnej zasady swobodnej oceny dowodów. Ocena wiarygodności i mocy dowodowej poszczególnych środków dowodowych stanowi podstawowe zadanie sądu orzekającego; przy czym powinna być ona dokonana w sposób konkretny, w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał dowodowy. W niektórych przypadkach ustawodawca „narzuca” określoną moc dowodową danego środka (np. art. 11, 246, 247 KPC). Przyjmuje się, że moc dowodowa oznacza siłę przekonania o istnieniu lub nieistnieniu weryfikowanego w postępowaniu dowodowym faktu, uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych. Z kolei wiarygodność danego dowodu wynika z jego indywidualnych cech i obiektywnych okoliczności, za względu na które zasługuje on w ocenie sądu na wiarę lub nie (zob. J. Klich-Rump, *Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia sądowego w procesie cywilnym*, Warszawa 1977, s. 132 i n.). Swobodna ocena dowodów nie może być dowolna. Z tych względów przyjmuje się, że jej granice wyznaczane są przez kryteria: logiczne, ustawowe i ideologiczne (zob. wyr. SN z 12.2.2004 r., II UK 236/03, (...)). Sąd ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków poprawnych logicznie. Zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów nie opiera się na ilościowym porównaniu przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków, lecz na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (wyr. SN z 20.3.1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, Nr 10, poz. 200). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 KPC, choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć również logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne (wyr. SN z 27.9.2002 r., IV CKN 1316/00, (...)). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyr. SN z 27.9.2002 r., II CKN 817/00; (...); wyr. SN z 16.12.2005 r., III CK 314/05; OwSG 2006; Nr 10; poz. 110). Czynniki ustawowy ogranicza sąd w możliwości dokonania oceny jedynie tych dowodów, które zostały prawidłowo przeprowadzone, według reguł określonych przez ustawodawcę, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (post. SN z 11.7.2002 r., IV CKN 1218/00, (...); wyr. SN z 9.3.2005 r., III CK 271/04, (...)). Oznacza to, że przy ocenie mocy i wiarygodności dowodów sąd bierze pod rozwagę nie tylko „materiał dowodowy”, ale także wyjaśnienia informacyjne stron, oświadczenia, zarzuty przez nie zgłaszane, zachowanie się stron podczas procesu przejawiające się np. w odmowie lub utrudnieniach w przeprowadzeniu dowodów, itp. (wyr. SN z 24.3.1999 r., i PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, Nr 10, poz. 382). Za czynnik ideologiczny warunkujący granice swobodnej oceny dowodów uznaje się poziom świadomości prawnej sędziego, na którą składa się znajomość przepisów prawa, doktryny i orzecznictwa, jak ogólna kultura prawna oraz system pozaprawnych reguł i ocen społecznych (zob. W. Siedlecki, *Realizacja zasady swobodnej oceny dowodów w polskim procesie cywilnym*, NP 1956, Nr 4). Zasada swobodnej oceny dowodów rozumiana wedle przedstawionych wyżej kryteriów winna mieć analogiczne zastosowania dla oceny dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do dowodów zgromadzonych w postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego.



**Art. 192 ust. 2****211. Sygn. akt: X Ga 331/16, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r.**

Czynność zamawiającego, tj. zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym ostatecznym wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu. Wobec braku jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania a czynnością zatrzymania wadium, w świetle art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych brak byłoby podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium. Czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma bowiem wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu.

**212. Sygn. akt: XIII Ga 1094/16, Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r.**

Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu uwzględnienie odwołania możliwe jest jedynie z sytuacji, gdy spełnią się obie z wymienionych w nim przesłanek. Mianowicie miało miejsce naruszenie przepisów Pzp, które jednocześnie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przeciwnym razie uwzględnienie odwołania nie jest możliwe. A zatem z treści powołanego przepisu można wywieść wnioski, szeroko powoływane w orzecznictwie, że skład orzekający oddał odwołanie, kiedy nie jest ono zasadne, czyli wówczas gdy w sprawie nie zaistnieją jednocześnie wszystkie przesłanki zasadności odwołania. Brak jest wtedy podstaw do uwzględnienia zawartego w nim żądania. Jeżeli odwołanie jest zasadne, czyli podniesione w nim zarzuty znajdują oparcie w zgromadzonym w trakcie postępowania odwoławczego materiale dowodowym, wówczas skład orzekający uwzględnia odwołanie. Aby jednakże ograniczyć wnoszenie odwołań w sprawach błahych, art. 192 ust. 2 stanowi, iż Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten *de iure* wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania – aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, (...). Należy podzielić stanowisko Izby, że w toku przedmiotowego postępowania, żadne z naruszeń przepisów Pzp, wskazane przez Skarżącego w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą KIO 1172/16 nie miało miejsca. W związku z tym Izba zasadnie i zgodnie z obowiązującym prawem uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie – nie ziściła się bowiem nawet pierwsza ze wskazanych w art. 192 ust. 2 Pzp przesłanek. Jednocześnie, w związku z dopatrzeniem się przez Izbę naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, które było przedmiotem rozpoznania w sprawie o sygnaturze KIO 1173/16, Izba, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, uwzględniła to odwołanie. Wobec powyższego, wbrew twierdzeniom zawartym w skardze, stwierdzić należy, że Izba w obu przypadkach zastosowała się do nakazów powołanego wyżej przepisu, co wyklucza możliwość jej naruszenia i czyni przedmiotowy zarzut Skargi bezzasadnym. (...).

**Art. 192 ust. 3 pkt 3****213. Sygn. akt: XXIII Ga 20/16, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 marca 2016 r.**

(...) zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy pzp, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, jedynym możliwym rozstrzygnięciem Sądu uwzględniającego skargę jest stwierdzenie naruszenia przepi-

sów ustawy. Sąd zatem, nawet jeśli uzna skargę za zasadną nie może ani unieważnić czy rozwiązać zawartej już umowy, ani nakazać zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności. Nie jest to też podstawa od odrzucenia skargi i pominięcia jej merytorycznego badania.

### **Art. 192 ust. 7**

#### **214. Sygn. akt: KIO 2344/16, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r.**

Przede wszystkim należy stwierdzić, że Izba jest związana zarzutami odwołania i rozstrzyga wyłącznie w ich granicach (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), stąd waga prawidłowego skonstruowania zarzutów. Prawidłowo skonstruowany zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. Podstawa faktyczna stanowi opis okoliczności, na których Odwołujący opiera odwołanie. Jest skonkretyzowaniem czynności bądź zaniechań Zamawiającego, w podjęciu których wnoszący odwołanie upatruje takich naruszeń Prawa zamówień publicznych, które prowadzą do poniesienia przez niego szkody (rozumianej jako nieuzyskanie danego zamówienia). Podstawa prawna natomiast, to przypisanie właściwego przepisu prawnego do opisywanych w odwołaniu naruszeń. O ile ewentualne nieprawidłowości we wskazaniu podstawy prawnej nie tamują rozpoznania odwołania (zwykle można je wywieść z prawidłowo opisanej podstawy faktycznej), to brak wyczerpującego opisu podstawy faktycznej może uniemożliwiać rozpoznanie zarzutu. Przy czym nie ulega wątpliwości, że terminem końcowym pozwalającym na postawienie zarzutu jest termin na wniesienie odwołania. Po jego upływie nie można rozszerzać podstaw faktycznych podniesionych zarzutów – akceptacja takiej możliwości prowadziłaby w istocie do przywrócenia terminu do wniesienia odwołania, co jest niedopuszczalne. Do momentu zamknięcia rozprawy Odwołujący może przedkładać dowody oraz przedstawiać argumenty na poparcie swoich racji – dowody te i argumentacja jednak muszą być ściśle skorelowane z podniesionymi w odwołaniu zarzutami.

#### **215. Sygn. akt: III Ca 1583/15, Wyrok SO w Łodzi z dnia 30 grudnia 2015 r.**

Zgodnie z przywołanym art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten nakazuje zatem rozpatrywać odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oznacza to, że zarzuty objęte rozstrzygnięciem Izby muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu {vide wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1135/12, (...)}. Podkreślić należy, że zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, która zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, to jest dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony, to jest w wyniku jakiego zachowania (działania bądź zaniechania) zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony {vide wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 roku, sygn. akt KIO 1495/12, (...)}.}

#### **216. Sygn. akt: IV Ca 508/16, Wyrok SO w Płocku dnia 28 lipca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławczy nie miała podstaw do zajęcia się zarzutami nie znajdującymi się w odwołaniu, a przywołanymi w późniejszym czasie. Sąd Okręgowy podziela argumentację, zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a dotyczącą teje problematyki. Formułowanie nowych zarzutów, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie może być uznana za rozszerzenie argumentacji zarzutów pierwotnych.

**217. Sygn. akt: VI Ga 213/16, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 grudnia 2016 r.**

Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu /art. 192 ust. 7 pzp/. Sąd Okręgowy podziela jednocześnie stanowisko, iż o treści zarzutu nie przesądza wyłączenie wskazanie lub nie samego przepisu – podstawy prawnej. Należy mieć na uwadze, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej – o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu./ KIO 15/14 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2014-01-22/. O zarzucie odwołania decydują przede wszystkim przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne, a nie wskazana przez niego podstawa prawna. Sam fakt wskazania przez odwołującego błędnej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty nie oznacza, że nie podniósł zarzutu. Zatem nawet błędne wskazanie podstawy prawnej zarzutu odwołania nie może skutkować zaniechaniem rozpoznania zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą lub automatycznym oddaleniem odwołania.

**Art. 192 ust. 9 i 10****218. Sygn. akt: KIO 1744/16, Wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r.**

Nie zasądzono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z uwagi na niezłożenie rachunku wymaganego § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – przyp. red.*]. Nie przyznano również kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż w sytuacji gdy spór toczy się między stronami (zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, a wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu) jest to prawnie niedopuszczalne.

**219. Sygn. akt: III Cz 817/15,****Postanowienie SO w Nowym Sączu z dnia 19 listopada 2015 r.**

Niewątpliwie obowiązkowym elementem wyroku oraz postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jest rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (art. 192 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych). Regulacja kosztów w postępowaniu odwoławczym znajduje się nie tylko w przepisach w/w ustawy, ale także w aktach wykonawczych, do których wydania delegacje zostały przewidziane w art. 198 w/w ustawy. Takim istotnym aktem jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – przyp. red.*]. Zgodnie z tym rozporządzeniem wyodrębniono dwie zasadnicze kategorie kosztów postępowania odwoławczego (§ 3). Są to: wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. I tak, rozporządzenie określa, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się „uzasadnione” koszty uczestnika postępowania obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub posiedzenia Izby, wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł (§ 3 pkt 2 rozporządzenia [*rozporządze-*

nie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – przyp. red.). Rozporządzenie nie uzależnia zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika postępowania odwoławczego od tego, czy postanowienie kończące postępowanie odwoławcze zapadło na posiedzeniu jawnym po przeprowadzeniu rozprawy, czy też na posiedzeniu niejawnym. (...) Nie oznacza to jednak, że do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego nie należy w takim przypadku zaliczyć kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, skoro ten wniósł odpowiedź na odwołanie, do czego był upoważniony na podstawie art. 186 ust. 1 w/w ustawy, w której zawarł wniosek o zasądzenie tych kosztów, przedkładając stosowną fakturę, która te koszty wykazywała. Zauważyć przy tym należy, iż argumenty przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zostały przez Izbę podzielone, co wynika z uzasadnienia postanowienia z dnia 1.10.2015 r.

Należy również podkreślić, iż w myśl § 5 ust. 3 pkt 1 w/w rozporządzenia, odwołujący ponosi koszty postępowania nie tylko w przypadku oddalenia odwołania, ale również w razie odrzucenia odwołania. Przy czym nie różnicuje się, czy odrzucenie nastąpiło na posiedzeniu niejawnym, czy też na rozprawie. W takiej sytuacji Izba winna zasądzić od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia.

#### **220. Sygn. akt: VI Ga 106/15, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 grudnia 2015 r.**

Z treści dyspozycji powoływanego rozporządzenia wynika, iż zwrotowi w przypadku oddalenia odwołania podlegają koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, nie ograniczając kręgu osób, które koszty te poniosły, do samej strony. Skoro zatem strona może pośilkować się w sporze pełnomocnikiem, koszt przez niego poniesiony uznany być musi za koszt strony – analogicznie do uregulowania zawartego w art. 98 kpc.

#### **221. Sygn. akt: XII Ga 493/16, Postanowienie SO w Gdańsk z dnia 23 sierpnia 2016 r.**

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – przyp. red.*] kompleksowo określają zasady zarówno poboru wpisu jak i jego rozliczania. Zwrot wpisu przewidziany jest jedynie w razie zwrotu odwołania (§ 4 rozporządzenia) oraz w enumeratywnie określonych przypadkach umorzenia postępowania. Nie ma więc podstaw, aby przy tak sformułowanych zasadach wyprowadzić ogólną zasadę zwrotu wpisu przy odrzuceniu odwołania. Zważyć trzeba, że zwrot opłat nie następuje, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpi po otwarciu rozprawy (§ 5 ust. 1 pkt 3 lit b) rozporządzenia). Trudno zatem przyjąć, by rozstrzygnięcie postępowania, które jest niewątpliwie dalej idącą czynnością niż rozpoczęcie rozprawy winno skutkować zwrotem wpisu na rzecz odwołującego.

### **Art. 198a ust. 1**

#### **222. Sygn. akt: I Ca 114/15, Postanowienie SO w Ostrołęce z dnia 17 marca 2015 r.**

Zgodnie z poglądem przyjmowanym w doktrynie, skarga nie przysługuje na postanowienie Prezesa KIO w przedmiocie zwrotu odwołania (art. 187 ust. 6), gdyż art. 198a ust. 1 wyraźnie ogranicza zastosowanie omawianego środka tylko do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (...). Na zakończenie należy też przypomnieć, że błędne pouczenie w przedmiocie możliwo-

ści zaskarżenia określonego rozstrzygnięcia nie powoduje powstania uprawnienia do zaskarżenia tegoż orzeczenia (zarządzenia), gdyż o tym, czy jest ono zaskarżalne nie decyduje organ lecz obowiązujące przepisy regulujące tę materię.

### **223. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15,**

#### **Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r.**

Dokonując wykładni tego przepisu [chodzi o przepis art. 198a ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.] rozpocząć należy, zgodnie z powszechnie przyjętą hierarchią dyrektyw interpretacyjnych, od wykładni językowej, która nie pozostawia wątpliwości, że legitymowanymi do wniesienia skargi na orzeczenie KIO są wyłącznie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego. Dodatkowo jedynie ustawodawca przewidział w art. 198b ust. 4 ustawy uprawnienie do wniesienia skargi dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W ocenie Sądu Okręgowego krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi został w sposób pełny i w zasadzie wyczerpujący określony w art. 198a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poszukując definicji uczestnika postępowania odwoławczego sięgnąć należy do treści art. 185 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem składu orzekającego w przedmiotowej sprawie, wbrew stanowisku skarżącego, przepis ten przynajmniej pośrednio definiuje pojęcie uczestnika postępowania. Definicja ta nie została co prawda sformułowana w słowniczku pojęć czy też w innym przepisie wprost określającym pojęcie uczestnika, niemniej jednak treść art. 185 ust. 3 ustawy P.z.p. pozwala w sposób bardzo precyzyjny ustalić kto jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zgodnie z tym przepisem 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. Wnosząc zatem *a contrario* – ten kto nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego nie może być uznany za uczestnika postępowania. Nie ulega zaś wątpliwości, że konsorcjum X nie przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego, o czym w dalszej części niniejszego uzasadnienia. Skarżący konsorcjum X, co oczywiste nie był też odwołującym, ani tym bardziej zamawiającym, nie miał zatem statusu strony w postępowaniu odwoławczym. W związku z powyższym, stosując jedynie wykładnię gramatyczną powołanych przepisów, stwierdzić należy, że skarżący nie dysponował prawem do wniesienia skargi na orzeczenie KIO.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie budzi wątpliwości, że krąg podmiotów legitymowanych do wniesienia skargi wymienionych w art. 198a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest katalogiem zamkniętym i nie może być dowolnie rozszerzany o podmioty w przepisie tym nie wymienione. Bez wątpienia zatem przepis ten nie obejmuje swoim zakresem wykonawców, którzy nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego. Takie stanowisko znalazło odzwierciedlenie i uznanie również w judykaturze (zob. wyrok SO w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r., X Ga 213/10, (...); postanowienie SO w Warszawie z dnia 14 października 2011 r., uzasadnienie znajduje się w wyroku z dnia 28 października 2011 r., XXIII Ga 666111 – znane Sądowi z urzędu). Jeżeli językowe znaczenie tekstu prawnego jest jasne, wówczas – zgodnie z *zasadą clara non sunt interpretanda* – nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni. Niemniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego za trafnością przedstawionego zapatrywania przemawiają również rezultaty wykładni pozajęzykowej, tj. systemowej i historycznej. Dyrektywa systematyki wewnętrznej aktu prawnego nakazuje uwzględnianie przy ustalaniu znaczenia normy prawnej miejsca jej umieszczenia w tekście ustawy. Zwrócić należy wobec tego uwagę, że przepisy dotyczące zarówno odwołania, jak i wniesienia skargi do sądu, znajdują się w dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym niemniej zostały one wyodrębnione odpowiednio w rozdziały 1 (przepisy wspólne), 2 (odwołanie) i 3 (skarga do sądu). Zgodnie z art. 179 ust. 1 tej ustawy środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale



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 niniejszej ustawy. Przepis ten przyznaje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej bliżej niesprecyzowanej kategorii „innych podmiotów”. Ustawodawca zatem określił krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania niezwykle szeroko. Z drugiej zaś strony, prawodawca uregulował przepisy dotyczące skargi do sądu w sposób autonomiczny i art. 198a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 179 ust. 1 tej ustawy. Z zestawienia tych przepisów jasno wynika, że intencją ustawodawcy było zawężenie katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi do sądu. Taką regulację uznać należy za świadomy zabieg ustawodawcy zmierzający do ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia skargi jedynie do osób biorących wcześniej udział w postępowaniu odwoławczym. Przepis art. 198a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych trzeba interpretować w sposób ścisły i zawężający. Niezależnie zatem od oceny tej regulacji, niedopuszczalnym jest rozszerzanie kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia skargi o inne nie wymienione w art. 198a ust. 1 tej ustawy.

**224. Sygn. akt: XXIII Ga 1685/16,  
Postanowienie SO w Warszawie z dnia 8 grudnia 2016 r.**

Zgodnie z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 t.j.) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Skarga do sądu służy na dwa rodzaje orzeczeń wydawanych przez składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej: na orzeczenie merytoryczne rozstrzygające spór co do istoty, czyli na wyrok oraz na postanowienia kończące postępowanie odwoławcze, którymi są postanowienie o odrzuceniu odwołania oraz postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (...)

Sąd Okręgowy podziela pogląd dominujący w doktrynie, zgodnie z którym na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu odwołania skarga nie przysługuje. Przepis art. 198a ust. 1 ustawy wyraźnie ogranicza zastosowanie przedmiotowego środka odwoławczego tylko do orzeczeń Izby, a nie do orzeczeń jej Prezesa (...). W konsekwencji, zdaniem Sądu Okręgowego, również na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu odwołania, skarga do sądu nie przysługuje. Po pierwsze z uwagi na to, że postanowieniami kończącymi postępowanie odwoławcze, na które przysługuje skarga, są: postanowienie o odrzuceniu odwołania oraz postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, nie zaś postanowienie w przedmiocie zwrotu skargi *[odwołania – przyp. red.]*. Po wtóre z uwagi na to, że generalnie uprawnienie do zwrotu odwołania służy Prezesowi Izby, zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy, a tylko w wypadku, gdy niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, te kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby z mocy art. 187 ust. 7 ustawy. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych należy interpretować ściśle. Za niedopuszczalne trzeba uznać stosowanie w tym zakresie wykładni rozszerzającej i w sytuacji, gdy nie przysługuje skarga na postanowienie Prezesa w przedmiocie zwrotu odwołania przyjmując, że na tożsame postanowienie, ale wydane przez skład orzekający Izby, skarga miałaby przysługiwać.

**225. Sygn. akt: XXIII Ga 2039/16,  
Postanowienie SO w Warszawie z dnia 8 lutego 2017 r.**

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych złożył skargę na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu odwołania, wydane w oparciu o przepis art. 187 ust. 6 ustawy PZP.

Sąd Okręgowy podziela pogląd dominujący w doktrynie, zgodnie z którym na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu odwołania skarga nie przysługuje. Przepis art. 198a ust. 1 ustawy wyraźnie ogranicza zastosowanie przedmiotowego środka odwoławczego tylko do orzeczeń Izby, a nie do orzeczeń jej Prezesa (...).

### Art. 198a ust. 2

**226. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15,**

**Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r.**

Przechodząc do analizy kwestii zgłoszenia przez konsorcjum X interwencji ubocznej na etapie postępowania skargowego, jak i możliwości złożenia skargi łącznie z interwencją uboczną, wskazać należy, że skarżący powoływał się na orzecznictwo sądowe i przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji dopuszczające zgłoszenie interwencji ubocznej w każdym stanie sprawy. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie odsyła wprost do regulacji dotyczącej interwencji ubocznej (art. 76 i nast. k.p.c.). Przepisy działu VI rozdziału 3 ustawy Prawo zamówień publicznych regulujące dopuszczalność oraz tryb postępowania wywołanego wniesieniem skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie przewidują co do zasady zgłoszenia przystąpienia (czy też interwencji ubocznej) w postępowaniu skargowym. Przemawia za tym choćby fakt, że ustawodawca przewidział w art. 198b ust. 4 ustawy P.z.p. możliwość przystąpienia do postępowania jedynie dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie zaś z art. 198a ust. 2 ustawy P.z.p. w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią inaczej. Kluczowa jest wobec powyższego interpretacja tego przepisu. W przepisach Prawa zamówień publicznych można wyróżnić dwa odrębne etapy postępowania związanego ze skargą do sądu. Pierwszy etap to postępowanie dotyczące wniesienia skargi. To postępowanie uregulowane jest w art. 198a–198g ustawy P.z.p. Nie będą miały do niego zastosowania przepisy k.p.c. o apelacji, co skądinąd *a contrario* wynika z art. 198a ust. 2 ustawy P.z.p. Postępowanie to zatem jest w całości uregulowane przepisami Prawa zamówień publicznych. Drugi etap to postępowanie toczące się wskutek wniesienia skargi. Postępowanie to w niewielkim zakresie uregulowane jest w przepisach Prawa zamówień publicznych, toteż w pozostałym zakresie odpowiednie zastosowanie mają przepisy k.p.c. o apelacji. Taka wykładnia przepisu art. 198a ust. 2 ustawy P.z.p. została przyjęta w doktrynie i jest ona konsekwentnie podtrzymywana (...). Skarżący, jak się wydaje, nie dostrzega tego rozróżnienia. Z powyższych względów zdaniem Sądu Okręgowego do samego wniesienia skargi wyłączne zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Unormowania te nie przewidują zaś co do zasady możliwości przystąpienia do postępowania w charakterze interwenienta ubocznego, jak i możliwości wniesienia skargi łącznie z interwencją uboczną. Niemniej jednak, nawet gdyby przyjąć możliwość odpowiedniego stosowania przepisów k.p.c., to przepisy o interwencji ubocznej nie znalazłyby zastosowania w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi. „Odpowiednie stosowanie” oznacza, że niektóre przepisy art. 367–391 k.p.c. stosuje się bez żadnych zmian, niektóre z uwzględnieniem różnic wynikających z ustawy, a jeszcze inne nie znajdują zastosowania w ogóle. W wyniku podobieństwa w ukształtowaniu instytucji przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego do interwencji ubocznej przyjęło się traktować uczestnika postępowania odwoławczego, który zgłosił przystąpienie, również do postępowania skargowego jak interwenienta ubocznego. Są to instytucje podobne, choćby z uwagi na ścisłe powiązanie dopuszczalności przystąpienia z interesem prawnym, czy też możliwość zgłoszenia opozycji, niemniej są to instytucje autonomiczne. Brak jest najmniejszych podstaw by z podobieństwa pozycji wykonawcy, który

skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, do pozycji interwenienta ubocznego wywodzić, że wykonawcy służą wszelkie prawa interwenienta ubocznego, w tym prawo do przystąpienia do postępowania odwoławczego lub skargowego w każdym stanie sprawy. W szczególności brak jest podstaw by, jak tego chce skarżący, z przystąpieniem do postępowania skargowego połączyć samo wniesienie skargi. W literaturze wyjaśniono, iż „Przystępujący” to specyficzna instytucja dostosowana do charakteru postępowania zainicjowanego wniesieniem środków ochrony prawnej. Podmiot zgłaszający przystąpienie ma status przystępującego, który wiąże go silnie z osobą, do której zgłosił przystąpienie. Przystępujący nie jest jednak interwenientem ubocznym. W wyniku przystąpienia staje się wyłącznie uczestnikiem postępowania po stronie, do której zgłosił przystąpienie (...).

### **Art. 198b ust. 2**

#### **227. Sygn. akt: VII Ga 48/15,**

#### **Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

Zarzut ten należało uznać za chybiony. W istocie, Skarżący doręczył odpis skargi bezpośrednio Zamawiającemu (k.180), nie zaś ustanowionemu w sprawie jednemu z jego pełnomocników, stosownie do treści art. 133 § 3 k.p.c., jednak uchybienie to stanowi brak formalny, który może zostać uzupełniony w trybie art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198 a ust. 2 PZP (tak też: Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 maja 2010 r., II CZ 108/09 (...) oraz Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt VIII Ga 65/12, (...)). Do uzupełnienia tego braku Skarżący został wezwany zarządzeniem z dnia 16 marca 2015 r., a które odebrał 19 marca 2015 r., tym samym termin do uzupełnienia braku upłynął mu w dniu 26 marca 2015 r. W dniu 31 marca 2015 r. (data nadania w urzędzie pocztowym, k. 329) wpłynął jednak wniosek skarżącego o przywrócenie terminu do złożenia dowodu doręczenia pełnomocnikowi przeciwnika skargi. Pełnomocnik skarżącego wskazał, że w dniu odebrania zobowiązania z Sądu, tj. 19 marca 2015 r. niezwłocznie wysłał pełnomocnikowi zamawiającego odpis skargi, który został odebrany w dniu 23 marca 2015 r. Jednak w dniach 20–29 marca 2015 r. pełnomocnik skarżącego przebywał na zwolnieniu lekarskim, co uniemożliwiło mu wykonanie zobowiązania Sądu. Z zaświadczenia wydanego przez lekarza sądowego wynika, że jego niedyspozycja chorobowa, uniemożliwiająca dokonywanie czynności w sprawie przywrócona została po dniu 29 marca 2015 r. Pełnomocnik zaś wniosek o przywrócenie terminu złożył w dniu 31 marca 2015 r., uzupełniając jednocześnie wspomniany brak formalny skargi (k. 326). Stąd postanowieniem z dnia 7 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku przywrócił termin do uzupełnienia braku formalnego skargi poprzez złożenie dowodu, doręczenia pełnomocnikowi zamawiającego odpisu skargi (k. 330).

#### **228. Sygn. akt: V Ca 178/15,**

#### **Postanowienie SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 maja 2015 r.**

W uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r. (III CZP 109/05) Sąd Najwyższy stwierdził między innymi, że skarga wniesiona na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych inicjuje postępowanie przed sądem powszechnym, do którego – zgodnie z art. 198a ust. 2 p.z.p. – stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 3 ustawy nie stanowią inaczej. Prawo zamówień publicznych zawiera własne uregulowania dotyczące wymagań, jakie powinna zawierać skarga na orzeczenie zespołu arbitrów (art. 198b ust. 2 i art. 198c). Wśród wymagań obligatoryjnych brak obowiązku dołączenia dowodu przesłania odpisu skargi przeciwnikowi, jednak obowiązek przesłania odpisu skargi przeciwnikowi obciąża skarżącego. Niedołączenie do skargi dowodu przesłania skargi prze-

ciwnikowi należy więc kwalifikować jako brak formalny skargi. Odmienna wykładnia jest niezgodna z dyrektywami Rady Europy, dotyczącymi wdrożenia procedur odwoławczych w sprawach zamówień publicznych (dyrektywa 89/665/EEC i dyrektywa 92/13/EEC), których podstawowe cele zawierają się w postulatcie zapewnienia skuteczności i szybkości postępowania odwoławczego, a nie może budzić wątpliwości teza, że uregulowanie zawarte w art. 198b ust. 2 i art. 198c spełnia ten postulat tylko przy założeniu, że niedołączenie do skargi dowodu przesłania jej przeciwnikowi stanowi jej brak formalny.

**229. Sygn. akt: XXIII Ga 622/15,  
Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r.**

Zgodnie z dyspozycją art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem. Tymczasem skarga konsorcjum X sp. z o.o. w W. i Y w W. została skierowana za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zaadresowana na Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie (02-676) ul. Postępu 17a. Ustawodawca natomiast jednoznacznie określił, że skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Regulację tą uznać należy za w pełni autonomiczną i wyczerpującą, brak jest zatem podstaw by w drodze analogii zastosować przewidziane dla apelacji rozwiązanie zawarte w art. 369 § 3 k.p.c., które nakazuje uznać za zachowany termin na wniesienie apelacji także wtedy, gdy przed jego upływem strona wniosła apelację do sądu drugiej instancji. Podobnych regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych brak, a co ważniejsze ustawa statuuje wymienione dwa podmioty jako w pełni odrębne organy mające inaczej zarysowane i przypisane im uprawnienia (odpowiednio art. 154 i art. 172 ust. 3 ustawy P.z.p.). Skarżący skierował zatem skargę do niewłaściwego organu. W ocenie Sądu Okręgowego, złożenie przedmiotowej skargi do niewłaściwego organu należało uznać za sytuację analogiczną do wniesienia środka odwoławczego do niewłaściwego sądu. Zgodnie z ugruntowaną w tej materii linią orzecniczą Sądu Najwyższego w przypadku wniesienia środka odwoławczego do niewłaściwego sądu i przekazania go następnie właściwemu sądowi, dla oceny zachowania terminu do wniesienia tego środka miarodajna jest data nadania go przez sąd niewłaściwy do sądu właściwego, a nie data nadania na adres sądu niewłaściwego (postanowienie SN dnia 18 stycznia 2013, IV CZ 153/12 (...); postanowienie SN z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1420/00 (...), postanowienie SN z dnia 11 stycznia 2000 r., I CZ 189/99 (...). W ocenie Sądu Okręgowego, przyjmując nawet możliwość przekazania skargi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzić trzeba, że skarga została złożona po upływie terminu, ponieważ dla zachowania terminu wskazanego w art. 198b ust. 2 *in principio* ustawy Prawo zamówień publicznych niezbędnym byłoby przekazanie tego pisma najpóźniej w ostatnim dniu terminu, tj. 15 kwietnia 2015 r. (przyjmując, że skarżący otrzymał wyrok z uzasadnieniem tak jak twierdzi 8 kwietnia 2015 r.). Wskazać należy, że nie było to jednak fizycznie możliwe, bowiem skarga dostarczona została do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2015 r. Przekazana zaś została do Krajowej Izby Odwoławczej 21 kwietnia 2015 r. (k. 236). Reasumując, jak wynika z poczynionych ustaleń, skarga została wniesiona przez skarżącego po upływie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

Mając na uwadze powyższe należało uznać skargę wniesioną przez konsorcjum X. sp. z o.o. w W. i Y. w W. za wniesioną po upływie przepisane go terminu i na podstawie art. 198e ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skargę tę odrzucić.

**230. Sygn. akt: XXIII Ga 729/15, Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r.**

Co się zaś tyczy podnoszonej kwestii doręczeń odpisu skargi, wskazać należy, że skarżący przesłał odpis skargi zarówno pełnomocnikowi zamawiającego jak i pełnomocnikowi konsorcjum B. S.A. w W., A. S.A. w W. oraz A. S. sp. z o.o. w L. Wprawdzie mogła pojawić się wątpliwość co do prawidłowości doręczenia odpisu skargi Konsorcjum, bowiem pełnomocnik tego podmiotu był w czasie tego doręczenia umocowany wyłącznie do reprezentacji na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Niemniej jednak pełnomocnik ten został ponownie umocowany w dniu 6 maja 2015r. do reprezentowania przeciwnika skargi przed Sądem Okręgowym w postępowaniu skargowym. W związku z tym Sąd uznał, że czynność odbioru przesyłki przez r.pr. M. G. została konwalidowana, poprzez późniejsze udzielenie kolejnego pełnomocnictwa. W konsekwencji należało uznać, że skarżący wypełnił wymóg doręczeń wynikający z art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem brak było podstaw do odrzucenia skargi.

**231. Sygn. akt: XIX Ga 398/16, Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r.**

Zgodnie z art. 198b ust. 2 p.z.p. skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem. Wykładnia językowa tego przepisu przesądza, że skarga podlega doręczeniu przeciwnikowi skargi, a nie pełnomocnikowi przeciwnika skargi. Obowiązek doręczenia odpisu skargi pełnomocnikowi zamawiającego aktualizowałby się jedynie w przypadku, gdyby reprezentujący przeciwnika skargi pełnomocnik posiadał umocowanie do reprezentowania go także w postępowaniu skargowym i o takim pełnomocnictwie posiadałby wiedzę podmiot wnoszący skargę. Pamiętać wszakże trzeba, że umocowanie do reprezentowania w postępowaniu odwoławczym *ipso iure* nie obejmuje postępowania skargowego. Do tego pierwszego postępowania z mocy art. 185 ust. 7 p.z.p. stosuje się przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Pełnomocnictwo natomiast do reprezentowania uczestnika postępowania polubownego nie obejmuje natomiast z mocy prawa umocowania do reprezentowania takiego uczestnika w postępowaniu cywilnym. Wniesienie skargi na orzeczenie KIO inicjuje etap postępowania cywilnego, do którego odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej (art. 198a ust. 2 p.z.p.). Reprezentowanie uczestnika postępowania przez pełnomocnika wymaga udzielenia pełnomocnictwa zgodnie z wymogami art. 87 k.p.c., a o zakresie umocowania takiego pełnomocnika rozstrzyga treść art. 91 k.p.c. W realiach niniejszej sprawy żaden z pełnomocników reprezentujących Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie posiadał umocowania do reprezentowania go w postępowaniu przed sądem powszechnym w sprawach dotyczących przedmiotowego zamówienia.

**Art. 198c****232. Sygn. akt: XII Ga 303/15, Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2015 r.**

Analizując powołany przez skarżącego przepis art. 198c pzp wskazać zatem trzeba, iż wyspecyfikowanie wymogów skargi, także poprzez obowiązek wskazania dowodów, winno być rozumiane jako wskazanie i omówienie dowodów błędnie, zdaniem skarżącego, ocenionych przez KIO, nie zaś jako uprawnienie do zapoczątkowania czyli kontynuowania postępowania dowodowego zainicjowanego wniesieniem odwołania. Taka interpretacja, zdaniem Sądu Okrę-



gowego, uchybia treści art. 190 pzp, którą omówiono wyżej. Dalej, interpretacja ta prowadzi do założenia, że postępowanie dowodowe przed Izbą jest zbędne skoro można je zapoczątkować wniesieniem skargi. Uchybia także prawu Izby do orzekania, która przecież, jak to już wskazano, orzeka merytorycznie po przeprowadzonej analizie dowodów. Trudno sobie zatem wyobrazić, aby wykonawca obciążony obowiązkiem obrony wskazanej przez siebie ceny przedstawiał Izbie tylko część dowodów lub nie przedstawiał ich wcale skoro, jak chce skarżący, całość postępowania dowodowego, w tym prezentacja dowodów nie okazanych Izbie, ma się odbywać przed Sądem Okręgowym. Dalszą konsekwencją takiego stanowiska pozostaje zarzucenie zasady dwuinstancyjności postępowania, a ogólnie zasady, iż od każdej decyzji możliwe jest wniesienie środka zaskarżenia. Jak powiedziano, wyrok Sądu Okręgowego kończy postępowanie i nie podlega dalszej kontroli instancyjnej. Tymczasem zasada dwuinstancyjności jest zasadą zgodną z duchem państwa prawa i nie może być naruszana nawet przez *lex specialis*. Ostatecznie, dokonując wykładni, nie można tracić z pola widzenia zasady, wedle której ustawodawca działa racjonalnie. Oznacza to, iż założenie o możliwości prowadzenia wszelkich dowodów, niejako od początku, przed Sądem Okręgowym, które jak wywiedziono czyni działalność Izby zbędną, nie może się ostać. Wówczas bowiem Sąd Okręgowy po wniesieniu skargi działałby jako sąd I instancji. Nie budzi wątpliwości Sądu i to, że zadaniem KIO pozostaje ocena czynności zamawiającego zatem Izba bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego tych czynności, po przeprowadzeniu postępowania na rozprawie /por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8.01.2014 r., X Ga 652/13/. Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania określonych okoliczności jest więc niedopuszczalne ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby nadto do niczym nieuzasadnionego przedłużenia wykonawcy terminu udzielonego /przed rozstrzygnięciem przetargu/ do przedstawienia zamawiającemu wyjaśnień i to w sytuacji, gdy termin do złożenia wyjaśnień jest ustawowo określony, a zachowanie tego terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Wreszcie, wskazać trzeba, że wyjaśnienia wykonawcy przedstawiane są nie tylko celem zapoznania się z nimi przez zamawiającego, ale też w celu poznania ich treści przez innych uczestników przetargu. Dopuszczenie nowych dowodów zaoferowanych w skardze naruszałoby art. 90 ust. 3 pzp i zasady uczciwej konkurencji, jako że aż do etapu wydania wyroku przez Sąd wykonawca mógłby nowymi dowodami dowodzić zasadności swoich racji, a w istocie zasadności/jak w tym przypadku/ czynności zamawiającego, który wybrał jego ofertę.

W konsekwencji do postępowania przed sądem okręgowym w zakresie zamówienia publicznego stosować należy zasady rządzące postępowaniem apelacyjnym. Tak bowiem, zdaniem Sądu Okręgowego, rozumieć należy treść art. 198 c pzp.

Kierując się wyżej wyłożonymi przesłankami Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe zawarte w skardze i w dalszych pismach, w tym wniosek o dopuszczenie dowodu z informacji publicznej /*nota bene* dowód złożono po zakreślonym przez Sąd terminie/. Wskazać trzeba, iż występujący w art. 381 kpc warunek dopuszczenia dowodów w postaci zwrotu „potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody wynikła później” nie może być pojmowany w ten sposób, że potrzeba powołania dowodów może wynikać jedynie z tego, iż rozstrzygnięcie w I instancji jest dla strony niekorzystne, gdyż takie pojmowanie art. 381 kpc przekreślałaby jego sens i rację istnienia /wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 9.05.2013 r., I ACa 132/13/. Część dowodów zaoferowana w skardze została sporządzona po wydaniu wyroku przez Izbę, a w każdym razie nie została zaoferowana w postępowaniu przed KIO. Dodatkowo, skarżący wskazał wprost, iż wnioski dowodowe wywołane są bezpośrednio niekorzystnym dla niej wyrokiem. Jeśli zaś strona uważa, że do udowodnienia jej twierdzeń wystarczy określony dowód i dlatego nie przytacza innych dowodów, jej błąd nie jest usprawiedliwiony, sama ponosi winę za niezgłoszenie dalszych dowodów i nie może zarzucać nieuzasadnionego uniemożliwienia wykazania jej praw /wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7.05.2013 r., I ACa 159/13/.

Zaznaczyć trzeba, iż w świetle treści odwołań, odpowiedź na odwołanie pozostawała merytorycznie ogólnikowa, ograniczająca się do odwołania do danych historycznych, nie skonkretyzowana co do poszczególnych zarzutów odwołujących się wykonawców. Godzi się podkreślić, iż argumentacja oparta na założeniu wiedzy zamawiającego dot. danych historycznych charakteryzuje się swoistą nonszalancją prawną skoro do danych tych nie mieli dostępu inni wykonawcy. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby zatem do preferowania tego wykonawcy, a w konsekwencji do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i pozbawienia innych wykonawców możliwości skutecznej obrony swoich praw przed Izbą. W zakresie związanym z obowiązkami dowodowymi skarżącego i oceną ich realizacji dokonana przez KIO Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Izby. Natomiast podczas postępowania przed KIO Sąd Okręgowy nie dopatruje się żadnych nieprawidłowości, o których mowa w skardze, a szczególnie nie podziela stanowiska jakoby to sama Izba winna zobowiązać skarżącego do przedłożenia dowodów. Stanowisku skarżącego przeczy treść protokołu z posiedzenia Izby. Wynika z niego, iż podczas trwającego ok. 1,5 godz. przewodu /licząc od otwarcia rozprawy/ skarżący reprezentowany przez wszystkich współników oraz pełnomocnika wielokrotnie zabierał głos oraz udzielał odpowiedzi na merytoryczne pytania Izby. Z treści odpowiedzi przeciwników skargi wynika zaś, że osoby te korzystały z notatek i możliwości pełnej wypowiedzi. Skoro więc na etapie rozprawy przed KIO nie sformułowano konkretnych wniosków dowodowych i nie wystąpiono o przesłuchanie współnika, który składał wyjaśnienia/ to konsekwencje tych decyzji nie mogą być usunięte w postępowaniu skargowym.

### **Art. 198e ust. 1**

#### **233. Sygn. akt: XIX Ga 110/15,**

##### **Postanowienie SO w Katowicach z dnia 22 kwietnia 2015 r.**

Skarżący zwrócił się o zwolnienie go od obowiązku ponoszenia opłaty od wniesionej na powyższe orzeczenie skargi. Sąd Okręgowy postanowieniem wydanym w dniu 20 marca 2015 r., sygn. akt XIX Ga 110/15 wniosek ten oddalił, bowiem wnioskodawca nie zaferował temu Sądowi żadnego dowodu na poparcie twierdzeń zawartych we wniosku. Następnie zarządzeniem z dnia 20.03.2015 r., doręczonym skarżącemu w dniu 25.03.2015 r. wezwano go do opłacenia wniesionej skargi w kwocie 20.000 zł w terminie 7 dni pod rygorem jej odrzucenia, w określonym terminie skarżący należnej opłaty nie uiszczył.

Stosownie do treści art. 198e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Wobec nieopłacenia skargi, podlegała ona odrzuceniu po myśli art. 198e przywołanej ustawy.

#### **234. Sygn. akt: XII Ga 227/16, Postanowienie SO w Gdańsk z dnia 12 kwietnia 2016 r.**

W takim przypadku, jeżeli wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych złożony przed upływem terminu do opłacenia pisma został oddalony, tygodniowy termin do opłacenia pisma biegnie od dnia doręczenia stronie postanowienia (...). Pełnomocnik skarżącego, otrzymawszy odpis postanowienia oddalającego wniosek o zwolnienie opłaty od skargi dnia 25 marca 2016 r. nie dokonał opłaty, a termin do jej uiszczenia upłynął bezskutecznie dnia 2 kwietnia 2016 r. Zgodnie z przepisem art. 198e ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r. Nr 907 z późn. zm.) sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Niewątpliwie brakiem skargi jest brak opłaty sądowej od skargi.



## INDEKS RZECZOWY

*Podane liczby oznaczają numery tez*

### A

**Aukcja elektroniczna** – 114, 118

### B

**Błąd w obliczeniu ceny** – 106, 109, 110, 111

**Biegły** – 202, 206, 210

### C

**Cena:**

- **jednostkowa** – 92, 99, 124
- **rażąco niska** – 105, 106, 107, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136
- **ryczałtowa** – 50, 53, 127
- **sposób obliczenia** – 123, 124

**Certyfikat** – 94, 141

**Ciężar dowodowy** – 136, 155, 196, 197, 198, 199, 201, 207

**Czyn nieuczciwej konkurencji** – 6, 7, 8, 11, 99, 100, 101, 102, 103, 104

### D

**Dokumenty** – 40, 41, 43, 44, 45

- **podmiotowe** – 39
- **uzupełnianie** – 4, 34, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 94
- **wyjaśnienia** – 47

**Dowody** – 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 201, 232

### F

**Formularz ofertowy** – 8,76, 79, 80, 85, 92, 97

### G

**Gwarancja** – 113, 114, 115

**Grupa kapitałowa** – 9

### H

**Harmonogram** – 90

### I

**Interes:**

- **we wniesieniu środka ochrony prawnej**  
– 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172
- **publiczny** – 146

**Interwencja uboczna** – 226

### J

**JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia)** – 40, 44

### K

**Konkurs** – 193

**Konsorcjum** – 20, 29, 103, 104, 175

**Kosztorys ofertowy** – 46, 87, 123, 124

**Koszty** – 218, 219, 220, 221

**Krajowy Rejestr Sądowy (KRS)** – 178

**Kryteria** – 60, 100, 137, 138, 139, 140, 141

**Kwota na sfinansowanie zamówienia** – 164, 165

### N

**Naczelny Sąd Administracyjny (NSA)** – 110

**Należyte wykonanie zamówienia** – 38, 42

**Normy** – 62

**Nieprawdziwe informacje** – 30, 32, 33, 34, 35

**O****Odwwołanie:**

- cofnięcie – 181
- częściowe uwzględnienie – 182, 180
- łącznie rozpoznane – 178
- odrzucenie – 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195
- uwzględnienie przez zamawiającego – 179, 181, 183
- wniesienie – 188
- zwrot – 185, 222, 224, 225

**Oferta:**

- badanie i ocena – 1, 90, 91, 92, 94, 96, 98
- niezgodna z ustawą – 93
- otwarcie – 75
- treść – 13
- wyjaśnienie treści – 76, 77, 78, 79
- zmiana – 76

**Omyłka:**

- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 111
- pisarska – 80

**Opcje** – 55, 65, 162

**Oświadczenie woli** – 13, 78, 97

**P**

**Pełnomocnictwo / Pełnomocnik** – 175, 177, 178, 186, 187, 218, 219, 220, 227, 230, 231, 232, 234

**Pisemność** – 188

**Podatek VAT** – 103, 104, 108, 109, 110, 111

**Podmiot trzeci** – 24, 25, 26, 27, 28

**Podpis** – 13, 92, 194

**Podwykonawca** – 9, 66, 67, 76, 93, 140, 157, 160

**Polisa** – 20

**Postępowanie podzielone na części** – 5

**Potencjał:**

- ekonomiczny (finansowy) – 19, 21, 40
- kadrowy – 32

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej** – 178, 181, 185, 222, 224, 225, 229, 231

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** – 150, 162, 223, 225, 226, 229

**Projekt budowlany** – 18

**Przedmiot zamówienia (opis przedmiotu zamówienia)** – 3, 14, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 149

**Przystąpienie/Przystępujący** – 175, 176, 177, 178, 183, 223, 226

**R**

**Referencje** – 42,43

**Równoważność** – 52, 59, 63, 64

**S**

**Sąd Apelacyjny (SA)** – 50, 232

**Sąd Najwyższy (SN)** – 27, 68, 110, 111, 115, 202, 206

**Sąd Okręgowy (SO)** – 83, 122, 135, 152, 158, 187, 198

**Self cleaning** – 37

**Skarga:** – 223, 227

- odrzucenie – 228, 229, 230, 231, 233, 234

**Specyfikacja :**

- modyfikacja – 69
- treść – 69, 98
- zapytania i wyjaśnienia – 18, 68, 69

**Sprzeciw** – 183, 184

**Ś**

**Środki ochrony prawnej** – 56, 173, 186

**Świadczenia złożone** – 110

**T**

**Tajemnica przedsiębiorstwa** – 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 167

**Termin:**

- odwołanie – 188



- realizacji zamówienia – 97, 100, 101
- składania ofert – 75
- związania ofertą – 73, 74, 112

**Trybunał Konstytucyjny (TK)** – 146

**Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 2, 23, 24, 35, 88, 105, 108, 110, 126

## U

**Umowa:**

- o pracę – 14, 60, 61
- projekt – 66, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161
- zawarcie – 174, 213
- zmiana – 162

**Unieważnienie postępowania** – 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151

**Usługi i dostawy powtarzające się okresowo** – 65

**Uzasadnienie faktyczne i prawne** – 142, 143, 144

## W

**Wadium** – 48, 70, 71, 4, 113, 114, 115

**Warunki udziału w postępowaniu** – 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 29, 34, 49, 54

**Wiedza i doświadczenie** – 17, 18, 22, 29, 43, 49

**Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA)** – 108

**Wpływ na wynik postępowania** – 211, 212

**Wykluczenie wykonawcy** – 19, 30, 36, 37, 38

**Wykonawca zagraniczny** – 39

## Z

**Zamówienia:**

- uzupełniające – 72
- w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 151

**Zamówienie z wolnej ręki** – 72

**Zarzuty** – 173, 214, 215, 216, 217

**Zasada swobody umów** – 53, 154, 158

**Zasady udzielania zamówień publicznych:**

- jawności – 7, 11
- proporcjonalności – 2, 14, 15, 17
- równego traktowania i uczciwej konkurencji – 1, 3, 4

**Zdolność kredytowa** – 19, 21

## Ż

**Żądania** – 173, 179, 181, 191



## AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

*Podane liczby oznaczają numery tez*

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) – 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 141, 143, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 155, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 198, 201, 203, 205, 206, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 219, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483 ze zm.) – 115, 188
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 459) – 13, 31, 35, 50, 53, 55, 66, 68, 71, 74, 95, 97, 113, 115, 116, 127, 152, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 186
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – 115, 178, 188, 201, 205, 209, 210, 220, 226, 227, 228, 229, 231, 232
- 5) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1666) – 60, 61
- 6) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) – 6, 7, 8, 11, 100, 101, 103, 104
- 7) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) – 16
- 8) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm.) – 21
- 9) Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 359) – 163
- 10) Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1727 ze zm.) – 59
- 11) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 710 ze zm.) – 103, 109
- 12) Ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1113) – 229, 231
- 13) Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1473) – 66
- 14) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – 7
- 15) Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – 5, 13, 44, 60, 74
- 16) Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) (Dz. Urz. UE 2006 C 321E) – 15
- 17) Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wyko-

- nawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 33 ze zm.) – 171, 228
- 18) Dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76 z 23.3.1992, str. 14 ze zm.) – 171, 228
- 19) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1–113 ze zm.) – 65, 135
- 20) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, str. 114–240) – 35, 65, 135
- 21) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L 94, str. 65 ze zm.) – 5, 23, 130, 135
- 22) 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 28.3.2014 r., str. 243 ze zm.) – 23
- 23) Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowlę kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r. Nr 51 poz. 987 ze zm.) – 59
- 24) Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139 poz. 1169 ze zm.) – 45
- 25) Rozporządzenie Ministra Transportu z dnia 19 marca 2007 r. w sprawie systemu zarządzenia bezpieczeństwem w transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 60 poz. 407 ze zm.) – 59
- 26) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007 r. Nr 251 poz. 1885 ze zm.) – 20
- 27) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – 181, 218, 219, 221
- 28) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) – 173, 178, 183, 188
- 29) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – 39, 43, 94
- 30) 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. poz. 1126) – 39, 42, 43, 44, 94

