URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 23

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 23

WARSZAWA, grudzień 2016

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 23

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:
Małgorzata Stręciwilk (Urząd Zamówień Publicznych)
Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Daniel Konicz (Krajowa Izba Odwoławcza)
Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

Pod kierownictwem:
Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:
Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)
Anna Karpeta (Urząd Zamówień Publicznych)

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA
Wydział Poligrafii
CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa
Zam. 821/W/C/2016

Warszawa 2016 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE **9**

WYKAZ SKRÓTÓW **10**

Art. 2 pkt 7 . . . . . **11**

1. Sygn. akt: KIO 2731/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 11

Art. 2 pkt 7a **11**

2. Sygn. akt: KIO 2626/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. 11

Art. 7 ust. 1 . . . . . **12**

3. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 12

Art. 8 ust. 3 . . . . . **12**

4. Sygn. akt: KIO 1799/15, 1801/15 Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r. 12
5. Sygn. akt: KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. 13
6. Sygn. akt: KIO 1947/15, Wyrok KIO z dnia 18 września 2015 r. 13
7. Sygn. akt: KIO 2102/15, Wyrok KIO z dnia 16 października 2015 r. 14
8. Sygn. akt: KIO 2180/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r. 15
9. Sygn. akt: KIO 2446/15, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2015 r. 15
10. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 16

Art. 9 ust. 2 . . . . . **17**

11. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r. 17

Art. 22 ust. 1 pkt 1 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 1] **17**

12. Sygn. akt: KIO 2628/15, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2015 r. 17
13. Sygn. akt: KIO 2618/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 18

Art. 22 ust. 1 pkt 2 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3] **20**

14. Sygn. akt: KIO 2614/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 20
15. Sygn. akt: KIO 2642/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. 21
16. Sygn. akt: KIO 2679/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 22

Art. 22 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3] **23**

17. Sygn. akt: KIO 2715/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 23

Art. 22 ust. 1 pkt 4 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 2] **23**

18. Sygn. akt: KIO 1955/15, Wyrok KIO z dnia 24 września 2015 r. 23
19. Sygn. akt: KIO 2263/15, Wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r. 24
20. Sygn. akt: KIO 2654/15, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2015 r. 24

Art. 22 ust. 4 [aktualnie art. 22 ust. 1a] 25

21. Sygn. akt: KIO 2657/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. 25

Art. 23 26

22. Sygn. akt: KIO 2676/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 26
23. Sygn. akt: KIO 2683/15, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2015 r. 27

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 14] 29

24. Sygn. akt: KIO 1799/15, KIO 1801/15, Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r. 29
25. Sygn. akt: KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. 29

Art. 24 ust. 2 pkt 2 [aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b] 30

26. Sygn. akt: KIO 1858/15, Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r. 30
27. Sygn. akt: KIO 2188/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r. 31
28. Sygn. akt: KIO 2554/15, KIO 2561/15, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2015 r. 32
29. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 32
30. Sygn. akt: KIO 2729/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 33

Art. 24 ust. 2 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 16] 34

31. Sygn. akt: KIO 2714/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 34

Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a] 34

32. Sygn. akt: KIO 2243/15, KIO 2256/15, KIO 2262/15, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2015 r. 34
33. Sygn. akt: KIO 2332/15, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r. 36
34. Sygn. akt: KIO 2260/15, KIO 2261/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 37
35. Sygn. akt: KIO 2679/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 37

Art. 26 ust. 3 [aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a] 38

36. Sygn. akt: KIO 2023/15, Wyrok KIO z dnia 24 września 2015 r. 38
37. Sygn. akt: KIO 2278/15, Wyrok KIO z dnia 29 października 2015 r. 39
38. Sygn. akt: KIO 2251/15, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2015 r. 39
39. Sygn. akt: KIO 2303/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. [powinno być: 6 listopada 2015 r. – przyp. red.] 40
40. Sygn. akt: KIO 2336/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. 41

Art. 29 ust. 1 42

41. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r. 42

Art. 34 ust. 5 42

42. Sygn. akt: KIO 2311/15, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r. 42

Art. 38 ust. 1 43

43. Sygn. akt: KIO 2540/15, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2015 r. 43

Art. 46 ust. 1 44

44. Sygn. akt: KIO 2028/15, Wyrok KIO z dnia 28 września 2015 r.. 44

Art. 46 ust. 3 44

45. Sygn. akt: KIO 2644/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. 44

Art. 51 46

46. Sygn. akt: KIO 2652/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 46

Art. 82 ust. 3 47

47. Sygn. akt: KIO 2408/15, KIO 2511/15, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. 47

Art. 87 ust. 1 48

48. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r. 48
49. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 48

Art. 87 ust. 2 pkt 1 49

50. Sygn. akt: KIO 2632/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. 49

Art. 87 ust. 2 pkt 3 50

51. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r. 50
52. Sygn. akt: KIO 2228/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r. 50
53. Sygn. akt: KIO 2336/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. 50
54. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 51

Art. 89 ust. 1 pkt 2 52

55. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r. 52
56. Sygn. akt: KIO 1974/15, Wyrok KIO z dnia 23 września 2015 r. 52
57. Sygn. akt: KIO 2042/15, Wyrok KIO z dnia 30 września 2015 r. 53
58. Sygn. akt: KIO 2188/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r. 54
59. Sygn. akt: KIO 2291/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. 55
60. Sygn. akt: KIO 2297/15, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2015 r. 56
61. Sygn. akt: KIO 2256/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 56
62. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 57
63. Sygn. akt: KIO 2650/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 58
64. Sygn. akt: KIO 2731/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 59

Art. 89 ust. 1 pkt 3 59

65. Sygn. akt: KIO 2260/15, KIO 2261/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 59
66. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r. 61
67. Sygn. akt: KIO 2681/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 61
68. Sygn. akt: KIO 2682/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 62

Art. 89 ust. 1 pkt 6 63

69. Sygn. akt: 1791/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. 63

Art. 90 ust. 1 64

70. Sygn. akt: KIO 1879/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. 64
71. Sygn. akt: KIO 2088/15, Wyrok KIO z dnia 8 października 2015 r. 64
72. Sygn. akt: KIO 2209/15, Wyrok KIO z dnia 26 października 2015 r. 64
73. Sygn. akt: KIO 2406/15, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r. 65
74. Sygn. akt: KIO 2543/15, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2015 r. 65
75. Sygn. akt: KIO 2553/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 66
76. Sygn. akt: KIO 2614/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 66
77. Sygn. akt: KIO 2645/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. 67
78. Sygn. akt: KIO 2677/15, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2015 r. 69

Art. 91 ust. 1 71

79. Sygn. akt: KIO 2538/15, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2015 r. 71
80. Sygn. akt: KIO 2692/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. 71
81. Sygn. akt: KIO 2736/15, KIO 2738/15, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2015 r. 72

Art. 91a–91c [aktualnie art. 91a–91 e] 74

82. Sygn. akt: KIO 2275/15, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2015 r. 74

Art. 91 ust. 3a 74

83. Sygn. akt: KIO 1966/15, Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r. 74
84. Sygn. akt: KIO 2263/15, Wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r. 75
85. Sygn. akt: KIO 2400/15, KIO 2411/15, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2015 r. 75

Art. 92 ust. 1 pkt 1 76

86. Sygn. akt: KIO 2697/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 76

Art. 93 ust. 1 pkt 4 77

87. Sygn. akt: KIO 2300/15, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2015 r. 77

Art. 93 ust. 1 pkt 7 79

88. Sygn. akt: KIO 2354/15, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r. 79

Art. 94 ust. 3 79

89. Sygn. akt: KIO 2626/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. 79

Art. 96 ust. 3 80

90. Sygn. akt: KIO 2610/15, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r. 80

Art. 139 80

91. Sygn. akt: KIO 1869/15, Wyrok KIO z dnia 11 września 2015 r. 80
92. Sygn. akt: KIO 2014/15, Wyrok KIO z dnia 28 września 2015 r. 81
93. Sygn. akt: KIO 2038/15, Wyrok KIO z dnia 5 października 2015 r. 82
94. Sygn. akt: KIO 2399/15, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r. 84
95. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r. 84

Art. 142 ust. 5 85

96. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r. 85
97. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r. 86

Art. 179 ust. 1 86

98. Sygn. akt: KIO 1886/15, Wyrok KIO z dnia 15 września 2015 r. 86
99. Sygn. akt: KIO 1901/15, KIO 1922/15, Wyrok KIO z dnia 16 września 2015 r. 86
100. Sygn. akt: KIO 1928/15, Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r. 87
101. Sygn. akt: KIO 1889/15, KIO 1890/15, Wyrok KIO z dnia 18 września 2015 r. 87
102. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r. 88
103. Sygn. akt: KIO 2318/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. 88
104. Sygn. akt: KIO 2577/15, KIO 2590/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 89
105. Sygn. akt: KIO 2618/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 90

Art. 180 ust. 1 90

106. Sygn. akt: KIO 1994/15, Postanowienie KIO z dnia 17 września 2015 r. 90

Art. 180 ust. 3 91

107. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r. 91
108. Sygn. akt: KIO 1953/15, Wyrok KIO z dnia 21 września 2015 r. 92
109. Sygn. akt: KIO 2642/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. 93

Art. 182 ust. 3 pkt 1 93

110. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 93

Art. 185 ust. 2–4 93

111. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 93
112. Sygn. akt: KIO 2652/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 94

Art. 186 ust. 2–4 95

113. Sygn. akt: KIO 2487/15, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2015 r. 95
114. Sygn. akt: KIO 2534/15, Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2015 r. 96
115. Sygn. akt: KIO 2566/15, Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2015 r. 96
116. Sygn. akt: KIO 2568/15, Postanowienie KIO z dnia 9 grudnia 2015 r. 97
117. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 98
118. Sygn. akt: KIO 2669/15, Postanowienie KIO z dnia 21 grudnia 2015 r. 99

Art. 186 ust. 6 pkt 1 99

119. Sygn. akt: KIO 2593/15, Postanowienie KIO z dnia 7 grudnia 2015 r. 99

Art. 187 ust. 8 99

120. Sygn. akt: KIO 2607/15, Postanowienie KIO z dnia 10 grudnia 2015 r. 99

Art. 189 ust. 2 pkt 3 99

121. Sygn. akt: KIO 2623/15, Postanowienie KIO z dnia 14 grudnia 2015 r. 99

122. Sygn. akt: KIO 2670/15, Postanowienie KIO z dnia 14 grudnia 2015 r. 101

Art. 189 ust. 2 pkt 7 102

123. Sygn. akt: KIO 2530/15, Postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2015 r. 102

Art. 190 ust. 1 i ust. 1a 103

124. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r. 103

125. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r. 103

126. Sygn. akt: KIO 2646/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r. 103

127. Sygn. akt: KIO 2632/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. 104

128. Sygn. akt: KIO 2720/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r. 104

Art. 192 ust. 2 105

129. Sygn. akt: KIO 1814/15, Wyrok KIO z dnia 3 września 2015 r. 105

130. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r. 106

131. Sygn. akt: KIO 2645/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. 106

Art. 192 ust. 7 106

132. Sygn. akt: KIO 1869/15, Wyrok KIO z dnia 11 września 2015 r. 106

133. Sygn. akt: KIO 1879/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. 107

134. Sygn. akt: KIO 1867/15, Wyrok KIO z dnia 15 września 2015 r. 107

135. Sygn. akt: KIO 2178/15, KIO 2185/15, Wyrok KIO z dnia 23 października 2015 r. . . . 108

136. Sygn. akt: KIO 2245/15, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2015 r. 109

137. Sygn. akt: KIO 2297/15, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2015 r. 109

138. Sygn. akt: KIO 2598/15, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r. 110

Art. 192 ust. 9 i ust. 10 110

139. Sygn. akt: KIO 1934/15, Postanowienie KIO z dnia 30 września 2015 r. 110

140. Sygn. akt: KIO 2165/15, Wyrok KIO z dnia 20 października 2015 r. 111

Indeks rzeczowy 113

Akty prawne przywołane w orzeczeniach 117

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Mam przyjemność poinformować, że Zespół Redakcyjny Zeszytów Orzeczniczych przygotował dla Państwa kolejny numer cyklicznej publikacji. Uwzględniając przyjętą zasadę systematycznej i kompleksowej analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, która przyświecała idei Zeszytów Orzeczniczych, przy okazji przedmiotowego Zeszytu analizie poddano blisko 900 orzeczeń KIO wydanych w okresie od września do grudnia 2015 r. Analiza ta w efekcie doprowadziła do wyboru 140 tez orzeczniczych, które zdaniem Zespołu Redakcyjnego mogą stać się pomocne – również w świetle aktualnego stanu prawnego – w praktyce udzielania zamówień publicznych i ubiegania się o nie. Mogą one także stanowić podstawę do prowadzenia różnego rodzaju analiz i badań tendencji, pojawiających się w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych.

W Zeszycie nr 23 mogę Państwu zaproponować w szczególności wybrane tezy orzecznicze, dotyczące zastrzegania przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w składanych ofertach czy wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Praktyka orzecznicza pokazuje, że w dalszym ciągu jest to kwestia problematyczna, którą Izba zajmuje się dość często w swojej praktyce orzeczniczej. W bieżącym numerze Zeszytu wybraliśmy także dla Państwa tezy orzecznicze dotyczące podmiotowej kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, starając się, aby przyporządkowanie danej tezy do konkretnego przepisu ustawy Pzp obowiązującego w chwili wydania orzeczenia znalazło również stosowne odesłanie do aktualnie obowiązujących przepisów.

Życzę owocnej lektury.

Prezes
Urzędu Zamówień Publicznych

Małgorzata Stręciwilk

Warszawa, 1 grudnia 2016 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
cyt	– cytat
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
TS UE, ETS	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
KC, Kc, kc lub k.c.	– Kodeks Cywilny
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRD	– Krajowy Rejestr Długów
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
m.in.	– między innymi
nr	– numer
Ustawa Pzp, PZP, pzp lub p.z.p.	– ustawa Prawo zamówień publicznych
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SIWZ, s.i.w.z. lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
tj.	– tekst jednolity
UE	– Unia Europejska
ust.	– ustęp
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
wg	– według
ww.	– wyżej wymieniony
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
uznk	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Art. 2 pkt 7

1. Sygn. akt: KIO 2731/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

Na zakończenie należy odnieść się do zasadności stwierdzenia Zamawiającego, iż złożona oferta jest ofertą wariantową w rozumieniu art. 2 pkt 7 Ustawy, tj. ofertą przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w siwz, odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Niewątpliwie siwz nie zawiera zapisu dopuszczającego złożenie oferty wariantowej, co zostało wprost wyrażone w pkt III – Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Źródłem wariantowości oferty Odwołującego ma być deklarowany termin wykonania dostawy – 2–3 dni kalendarzowe. Należy zatem uznać, iż Zamawiający przyjął jako wariantową ofertę, w której wykonawca wskazał na możliwość wykonania dostawy nie później niż w drugim lub trzecim dniu od otrzymania zlecenia. W ocenie Izby takie wskazanie w żaden sposób nie uzasadnia stwierdzenia, że oferta ma charakter wariantowy, tj. przewidujący odmienny niż opisany przez Zamawiającego sposób wykonania dostawy. W zakresie terminu dostawy zapis siwz w sposób jednoznaczny wskazują na termin nie dłuższy niż 6 dni kalendarzowych. Oczywistym jest, iż przy takim zapisie dostawy mogą być wykonywane pomiędzy dniem otrzymania przez wykonawcę zlecenia, a szóstym dniem kalendarzowym od dnia otrzymania tego zlecenia. Tym samym deklaracja Odwołującego, iż realizować będzie dostawy w drugim lub trzecim dniu kalendarzowym nie wskazuje na odmienny sposób wykonania dostawy niż wskazany przez Zamawiającego w siwz.

Art. 2 pkt 7a

2. Sygn. akt: KIO 2626/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r.

Dla rozważań w przedmiotowej sprawie istotne znaczenie ma ustalenie w jaki sposób zdefiniować należy pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia (w przypadku przetargu nieograniczonego) należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający zważył, iż z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a Pzp wynika wprost określenie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, iż jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez pryzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, iż chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest już osiągany w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym Zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 Pzp informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Należy zatem zwrócić uwagę, iż chociaż art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniował pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" jako prowadzonego w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, jednak w żadnej mierze nie wskazuje, że postępowanie kończy się wraz z wyborem tej oferty. Wręcz przeciwnie – samo postępowanie jest postępowaniem o „udzielenie zamówienia publicznego", którym bezspornie jest zawarcie umowy, a nie sam wybór oferty, a zamówienie publiczne to, jak wskazuje pkt 13 art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa. Należy też zwrócić uwagę, że już w punkcie 7a wskazano na „dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego", tym samym trudno z tej definicji w sposób logiczny do postępowania włączyć

„wybór oferty", a wyłączyć część odnoszącą się do zawarcia umowy z tym właśnie wykonawcą, którego oferta została wybrana.

Stanowisko to – dotyczące chwili zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w sposób wyraźny podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10, w której stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 7 ust. 1

3. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

Izba natomiast podziela stanowisko przystępującego (...), że zamawiający nie ma obowiązku dopuszczania do udziału w postępowaniu wszelkich rozwiązań technicznych, które funkcjonują na rynku pod warunkiem, że takie ograniczenie na utrudnia uczciwej konkurencji. Jednak takiego utrudniania uczciwej konkurencji nieuprawdopodobniono w niniejszej sprawie, gdyż nawet z treści zapytań wynika, że ewentualne dopuszczenie technologii LED służyłoby zwiększeniu konkurencyjności postępowania, a nie jego otwarciu się na konkurencję, oraz pozwalało zaoferować lepsze parametry, których użytkownik nie dostrzeże w zwykłych zastosowaniach biurowych. W tym stanie rzeczy również nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, który nakazuje zamawiającemu prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Izba podziela także argumentację przystępującego (...), że przejawem nierównego traktowania, byłaby właśnie pozytywna ocena oferty odwołującego przez zamawiającego w sytuacji, gdy co najmniej dwóch wykonawców zrezygnowało ze złożenia oferty w niniejszym postępowaniu dowiadując się, że zamawiający nie dopuszcza zaoferowania równoważnej technologii LED. Ponadto w ocenie Izby takie działanie zamawiającego mogłoby być ocenione także w świetle zakazu zmiany treści siwz po upływie terminu do składania ofert.

Art. 8 ust. 3

4. Sygn. akt: KIO 1799/15, 1801/15 Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów są ogólnikowe. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę X sp. z o.o. nie wskazano.

Przedstawiono za to wyjaśnienie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów. Nadto przedmiotowe wyjaśnienia bogato ozdobiono cytatami z orzecznictwa. Jakkolwiek bogaty jest dorobek orzeczniczy sądów czy również Krajowej Izby Odwoławczej w tematyce zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie może być on uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku. Wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać

zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A jak wspomniano powyżej, w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działania takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia. Tym samym, za nieprawidłowe uznać należy działanie Zamawiającego, który uznał za uzasadnione utajnienie dokumentów stanowiących część oferty Wykonawcy X sp. z o.o. Uznając prawidłowość działań Wykonawcy X sp. z o.o., Zamawiający oparł się jedynie na ogólnych i niedowiedzionych twierdzeniach tego wykonawcy.

5. Sygn. akt: KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r.

W treści oferty wykonawcy (...) informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały w sposób wskazany przez zamawiającego wyodrębnione. Wykonawca wypełnił także punkt 10 „Formularza ofertowego", wskazując, że informacje zawarte na wskazanych stronach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak wykonawca ten wraz z ofertą nie złożył zastrzeżenia, z treści którego wynikałoby z jakich powodów informacje te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia w tym zakresie złożył dopiero, odpowiadając na wezwanie zamawiającego.

Tymczasem – w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinno być dokonane „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu". Przepis ten nie przewiduje możliwości „uzupełnienia" brakującego zastrzeżenia. Tak więc wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji, powinien tego dokonać w terminie wskazanym w tym przepisie. Skoro wykonawca poza wskazaniem w „Formularzu ofertowym", iż zastrzega określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podjął żadnych działań mających uzasadniać ich zastrzeżenie (przewidzianych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) oznacza to, że nie dokonał skutecznego ich zastrzeżenia. Zamawiający, działając w ramach należytej staranności, aby nie narazić się na sankcję wynikającą z art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, może zażądać od wykonawcy złożenia szerszych informacji w tym zakresie czy też wyjaśnienia pewnych wątpliwości. Nie może jednak żądać uzupełnienia informacji, które wraz z ofertą w ogóle nie zostały złożone. Tym samym wezwanie dokonane przez zamawiającego w tym zakresie i w tym konkretnym przypadku należy uznać za bezpodstawne.

6. Sygn. akt: KIO 1947/15, Wyrok KIO z dnia 18 września 2015 r.

Rozpoznając zarzut zaniechania dokonania skuteczności zastrzeżenia przez X S.A. załączników do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r., wezwania zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2015 r. skierowanego do ww. wykonawcy, oraz pisma X S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. wraz z załącznikami Izba miała na uwadze dyspozycję art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą 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 one być udostępniane. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie posiadają wyjaśnienia X S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. Jak wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby

informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się co prawda do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, jak np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu. Izba stwierdziła, że na stronie 8 wyjaśnień X S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. wykonawca ten złożył oświadczenie, iż zgodnie z wolą zamawiającego nie utajnia treści przedmiotowego pisma zawierającego wyjaśnienia i odpowiedzi na wezwanie. Jako tajemnicę przedsiębiorstwa X S.A. zastrzegła wszystkie załączniki do przedmiotowego pisma. Wobec takiego oświadczenia, treść pisma X S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. powinna zostać ujawniona. Wykonawca nie wykazał bowiem woli, aby informacje zawarte w treści pisma z dnia 14 sierpnia 2015 r. pozostały tajemnicą dla pewnych kół odbiorców. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r., „informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą" (sygn. akt I CKN 304/00).

Jednocześnie za skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa należy uznać treść załączników do wyjaśnień X S.A. z dnia 22 lipca 2015 r. i 14 sierpnia 2015 r. stanowiących o sposobie kalkulacji ceny, przyjętych rozwiązaniach technicznych, informacje o kontrahentach przedsiębiorcy oraz wynegocjowany z nimi poziom cen. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. X S.A. wyjaśniła również, jakie kroki podjęła w celu nie ujawnienia treści przedmiotowych załączników. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej. Wobec powyższego, za skutecznie zastrzeżone Izba uznała również wystosowane do X S.A. wezwanie do wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2015 r., jako że odnosi się ono do treści załączników do pisma X S.A. z dnia 22 lipca 2015 r.

7. Sygn. akt: KIO 2102/15, Wyrok KIO z dnia 16 października 2015 r.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ustawa Pzp nie przewiduje dla zamawiającego żadnego terminu, w którym winien on dokonać oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia. Chronologia czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozwala stwierdzić, iż badanie takie winno zakończyć się przed wyborem najkorzystniejszej oferty lub – ewentualnie – unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający może, w celu dokonania badania, wzywać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, do czego uprawnia go art. 87 ust. 1 zd. pierwsze ustawy Pzp. Wzywając do złożenia wyjaśnień zamawiający sam ustala termin i częstotliwość ich składania i nie jest w tym zakresie ograniczony żadnymi przepisami ustawy.

Wskazać należy, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w momencie, w którym zamawiający dokonywał jeszcze badania i oceny ofert. Tym samym odwołanie należy uznać za wniesione przedwcześnie. Dopóki zamawiający ma otwarty termin na dokonanie jakiejkolwiek czynności, nie można mu skutecznie zarzucić, iż dokonania tej czynności zaniechał.

W ocenie Izby bez znaczenia jest w tej sytuacji okoliczność, iż odwołujący zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie utajnionej części oferty przystępującego (...) i wyznaczyli mu termin na dokonanie żądanej czynności. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie są uprawnieni do wyznaczania zamawiającemu jakichkolwiek terminów na dokonanie określonych czynności. Zamawia-

jący w tym zakresie związany jest jedynie przepisami ustawy. Tym samym, niedochowanie przez zamawiającego terminów wyznaczonych przez wykonawcę, nie może rodzić jakichkolwiek skutków dla uczestników postępowania i nie może stanowić o rozpoczęciu biegu terminu do wnoszenia przewidzianych ustawą środków ochrony prawnej.

8. Sygn. akt: KIO 2180/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż słuszne były zarzuty Odwołującego co do bezzasadności objęcia w całości informacji zawartych w wyjaśnieniach (...) tajemnicą przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 2 i 3 Ustawy). Wskazane przez wykonawcę uzasadnienie objęcia klauzulą całości wyjaśnień (wraz z dowodami),sprowadza się do oceny charakteru informacji znajdujących się w wyjaśnieniach, mających wskazywać na know-how wykonawcy co do sposobu skalkulowania ceny oferty. W ocenie Izby, objęcie pojęciem know-how elementu kalkulacji ceny oferty, w sytuacji, kiedy wykonawca nie wskazuje unikalnych rozwiązań, nie może być skuteczną podstawą do wyłączenia jawności dokumentu składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach w żadnym zakresie nie dotyczą sposobu realizacji samej usługi, czy też nowatorskiego wykorzystania potencjału kadrowego, jako elementu organizacji i przygotowania do świadczenia usługi. Wykonawca wskazywał informacje powszechnie znane (wysokość przeciętnego wynagrodzenia w województwie kujawsko-pomorskim, czy też wysokość minimalnego wynagrodzenia), jak też znane publicznie w związku z odbiorcą usługi przy realizacji której wykonawca zdobyć miał potrzebne doświadczenie i wiedzę (Ministerstwo Sprawiedliwości). Faktycznie większość wyjaśnień ma walor ogólnych danych, wykładni przepisów z odwołaniem się do orzecznictwa i tym samym w przeważającym zakresie nie wypełnia przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można również dopatrzyć się w nich elementów nowatorskiego podejścia do rachunku kosztów, tym bardzie, iż wyliczenia nie są szczegółowe (co ewentualnie mogłoby nieść walor poznawczy i ekonomicznie wartościowy dla tego rodzaju usługi, gdzie zasadniczym elementem kosztotwórczym jest wynagrodzenie pracowników). W ocenie Izby jedynie załączone do wyjaśnień oferty wraz z informacją zawartą w treści pisma o podmiotach, które uczestniczyły w oszacowaniu części kosztów mogą mieć wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy konkurującego na rynku usług informatycznych i zasługują na ochronę.

9. Sygn. akt: KIO 2446/15, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2015 r.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie modeli oferowanych terminali komórkowych, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy –

Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis 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. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.".

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

10. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

Zauważyć przy tym należy, że w sprawie znajduje zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r., który stanowi, że 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa; wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Skoro w analizowanym postępowaniu wykonawca X Sp. z o.o. w R. w momencie złożenia oferty nie zawarł żadnego uzasadnienia podstaw uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa [czego – dla skutecznego zastrzeżenia informacji – wymaga art. 8 ust. 3 ustawy], ograniczając się jedynie do wskazania w formularzu ofertowym w pkt 12 części C stron oferty stanowiących, w Jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie nastąpiło skuteczne zastrzeżenie tej tajemnicy, co skutkuje uznaniem, że z momentem złożenia oferty, wszystkie informacje w niej zawarte są jawne. Skutku tego, zaistniałego już w momencie złożenia oferty bez wykazania zasadności zastrzeżenia [tj. w dniu 13 listopada 2015 r.] nie może z mocą wsteczną wprowadzić dokonane na wezwanie Zamawiającego uzasadnienie zasadności zastrzeżenia, które Przystępujący złożył dopiero w dniu 25 listopada 2015 r. Jak bowiem podkreślono w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15, „Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 8 ust. 3 Pzp, którego treść obowiązuje od dnia 19.10.2014 r., 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Przed nowelizacją art. 8 ust. 3 Pzp nie wymagał wyka-

zania w terminie w nim określonym, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co umożliwiało zamawiającemu podjęcie czynności pozwalających na ustalenie zasadności zastrzeżenia przedłożonych przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też podniesioną przez przeciwnika skargi argumentację w tym względzie wraz z powołanymi orzeczeniami KIO odnieść należy do stanu prawnego obowiązującego przed nowelizacją art. 8 Pzp. Obecnie niedochowanie powyższego wymogu określonego w znowelizowanym przepisie art. 8 powinno skutkować obowiązkiem odtajnienia zastrzeżonych informacji. Jako że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty należy udostępnić od chwili ich otwarcia (...)". Oznacza to zatem tyle, że wobec niedochowania przez wykonawcę X Sp. z o.o. w R. obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia informacji już w momencie złożenia oferty, z chwilą jej złożenia cała treść oferty stała się jawna i jako taka podlega udostępnieniu każdemu zainteresowanemu. Biorąc powyższe pod uwagę, bezprzedmiotowe jest „odtajnienie" oferty, która – w następstwie braku wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa – jest od momentu jej złożenia jawna. Zamawiający obowiązany jest więc wykonać te żądania, które są adekwatne do aktualnej sytuacji, to jest udostępnić zainteresowanemu wykonawcy jawne – w wyniku braku aktywności dysponenta informacji, jakim jest wykonawca składający ofertę od momentu złożenia – dokumenty, w tym ofertę wykonawcy X Sp. z o.o. w R.

Art. 9 ust. 2

11. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r.

W przypadku urządzenia poz. 2 wykazu X (Hacomatic 70 CL) razem z odwołaniem i na rozprawie załączono materiał, któremu należało odmówić jakiejkolwiek mocy dowodowej. Odwołujący Y nie umiał doprecyzować, czy jest to wyciąg ze specyfikacji technicznej, czy też materiał pochodzący ze strony internetowej producenta urządzenia. Ponadto materiał ten sporządzony był w języku angielskim, złożony został bez stosowanego tłumaczenia. Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że dokumenty te nie mogą stanowić podstawy oceny realności zaoferowanego sprzętu technicznego przez Przystępującego X, ponieważ zostały złożone wyłącznie w języku angielskim w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), co winno być rozumiane w ten sposób, że wszelkie składane w toku postępowania dokumenty, jak i prowadzona pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami korespondencja winny być sporządzone w języku polskim lub winny być jednocześnie przetłumaczone na język polski. Na rozprawie Odwołujący także nie złożył tłumaczenia na język polski dokumentów w języku angielskim, pozbawiając w ten sposób skład orzekający Izby (zgodnie z brzmieniem § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280)) możliwości weryfikacji treści tych dokumentów.

Art. 22 ust. 1 pkt 1 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 1]

12. Sygn. akt: KIO 2628/15, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2015 r.

Nie ulega wątpliwości, że – z SIWZ jednoznacznie wynika, iż co do dokumentów dotyczących zezwoleń, Zamawiający nie wskazał obowiązku złożenia takich dokumentów przez obu członków konsorcjum, co podkreślił Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 12 listopada 2015 r. złożonych Zamawiającemu. Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego dodając jednocześnie – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie

wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmują decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko wobec jasno określonych wymagań możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Ponadto – co miało miejsce w niniejszym postępowaniu – niedopuszczalne jest w opinii Izby interpretowanie postawionych wymagań na etapie złożonych ofert. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny w SIWZ, a następnie bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Ponadto, – co również niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, według którego można było odczytać z SIWZ, że wymagane zezwolenia należało złożyć co do obu członków konsorcjum. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że w przypadku konsorcjum uzna, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione jeżeli przynajmniej jeden z wykonawców będzie go spełniał lub spełniać go będą wykonawcy składający ofertę wspólną łącznie. Zamawiający – w przeciwieństwie do wymagań podmiotowych – nie wskazywał, że powyższe wymaganie w przypadku składania oferty wspólnej dotyczy każdego z wykonawców. Zatem wykonawcy wobec jasnego stwierdzenia – również odnoszącego się do wymagań dotyczących posiadania stosownych zezwoleń – mogli przypuszczać – tak jak Odwołujący – że możliwym jest w przypadku składania oferty wspólnej wykazanie zezwoleń tylko dla jednego członka konsorcjum.

Jeszcze raz należy podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Jeśli zamiarem Zamawiającego było badanie ww. warunku w sposób wskazany w podstawie wykluczenia z dnia 23 listopada 2015 r., to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu. Skoro więc Zamawiający nie określił w sposób kategoryczny, że co do wymaganych zezwoleń w przypadku oferty wspólnej każdy z członków konsorcjum ma obowiązek złożenia takiego dokumentu, to na etapie badania i oceny ofert nie można ustalać, dodatkowych warunków i wymagań.

13. Sygn. akt: KIO 2618/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

(...) odnosząc się do zarzutu odwołania Izba uznała, że Odwołujący w wystarczający sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu uprawnień do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy B., na potwierdzenie czego należało przedłożyć kopię aktualnego wpisu do RDR. W pierwszej kolejności należy wskazać, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udziele-

nie zamówienia, zasadniczo odbywa się na zasadach, iż wykonawcy ci mogą wspólnie wykazać spełniania tych warunków. Pewne odrębności w tym zakresie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, jeśli chodzi o warunek uprawnień (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Jedni wskazują, że analogicznie, jak w przypadku innych warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, również warunek uprawnień podlega wykazaniu, jeżeli przynajmniej jeden z konsorcjantów ubiegających się wspólnie o zamówienie posiada takie uprawnienia. Podstawą takiego twierdzenia jest brak wyraźnego, odrębnego uregulowania w tym zakresie – co do warunku posiadania uprawień – dla podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. Inni wskazują, że w takim przypadku – z racji solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia (art. 141 ustawy Pzp), a także z uwagi na szczególny warunek udziału w postępowaniu, wskazujący na wyłączność z mocy prawa wykonywania określonej koncesjonowanej działalności po stronie konkretnego podmiotu posiadającego określone uprawnienia, koncesję, zezwolenie – wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać się posiadaniem takich uprawnień.

Wydaje się, że na najbardziej optymalne rozwiązanie w tym zakresie wskazuje orzeczenie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: I Ga 39/12). W orzeczeniu tym Sąd wskazał jako zasadę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, że obowiązek posiadania określonych, wymaganych przepisami prawa uprawnień, jest wypełniony, jeśli przynajmniej jeden z członków konsorcjum takie uprawnienia posiada. Wyjątkiem zaś od tej zasady Sąd uznał sytuację, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień i w takiej sytuacji każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musiałby posiadać wymagane uprawnienia. Sąd uzasadnił to stanowisko twierdzeniem, że w takiej sytuacji konsorcjant, który nie posiada określonych uprawnień nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wydaje się, że przywołane przez Sąd Okręgowy w Lublinie stanowisko w tym zakresie jest najbardziej optymalne. Daje ono jasne wytyczne co do oceny spełniania warunku posiadania wymaganych przepisami prawa uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności z jednej strony odnosząc się do literalnej wykładni regulacji ustawowych – art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy i obiektywną możliwość realizacji zamówienia w związku z solidarną odpowiedzialnością za wykonanie zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższa wykładnia wskazanych przepisów nie stoi, zdaniem Izby, na przeszkodzie uwzględnianiu w postanowieniach SIWZ przez Zamawiającego szczególnych zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli chodzi o określone uprawnienia, mając na względzie przede wszystkim zakres przedmiotu zamówienia i konieczność wykazania się w tym względzie uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności objętej tym zakresem przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na warunki niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający w postanowieniach SIWZ określił jakieś szczególne wymagania odnoszące się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień do odbioru odpadów komunalnych. Tym samym zatem, idąc za przywołanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie, stwierdzić należy, że dopuszczalne jest jako zasada wykazanie się przynajmniej przez jednego z konsorcjantów spełnieniem tego warunku. Aby odnieść się do wytycznych Sądu Okręgowego co do podzielności przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że w zakres przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obok działalności wymagającej posiadania stosownych uprawnień do odbioru odpadów komunalnych, wchodzi także szereg czynności związanych ze świadczeniem usług związanych z odpadami, takich jak prowadzenie sprawozdawczości według pkt 5.5.3 SIWZ dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że

przed złożeniem oferty w postępowaniu zawarł umowę konsorcjum (umowa z dnia 2 listopada 2015 r.), w której szczegółowo określony został podział obowiązków związanych z realizacją zamówienia pomiędzy dwoma konsorcjantami Odwołującego. Z tego podziału wynika, że konsorcjant – firma X Sp. z o.o. będzie wykonywał w takcie realizacji zamówienia wyłącznie czynności związane z obsługą administracyjną konsorcjum oraz sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia (§ 5 ust. 2 umowy), nie będzie zaś świadczył działalności wymagającej zezwolenia, tj. odbioru odpadów. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie składania ofert w postępowaniu nie muszą przedkładać umowy konsorcjum. Takiej umowy Zamawiający może zażądać dopiero na etapie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wobec tego, iż w SIWZ nie określił jakiś szczegółowych warunków oceny spełniania warunku posiadania uprawień w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien był co najwyżej wyjaśnić z Odwołującym zasady, na jakich zamówienie będzie realizowane przez obydwu konsorcjantów. Podkreślenia wymaga bowiem, że uzasadnieniem wprowadzenia do ustawy Pzp zasady niczym nie ograniczonej możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców wspólnie, była możliwość kumulowania przez małych przedsiębiorców swoich potencjałów pozwalających im konkurować z dużymi przedsiębiorstwami w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Podmioty takie bez ograniczeń, uwzględniając zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej i zasadę swobody kontraktowej, tworzą porozumienie pozwalające im na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także wspólne wykonywanie zamówienia. Skoro w niniejszym postępowaniu dwa podmioty prowadzące działalność gospodarczą ustaliły zasady wspólnej realizacji zamówienia, poprzez podział obowiązków w tym zakresie, uwzględniający ustanowiony w SIWZ zakres przedmiotu zamówienia, należy uznać, że w taki właśnie sposób zamówienie będzie przez nich realizowane. Izba wzięła tutaj pod uwagę okoliczność, że umowa konsorcjum została zawarta przed upływem terminu składania ofert, a więc nie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego, ale wcześniej, wskazując na określony zamiar i cel działalności tych wykonawców przed złożeniem oferty w postępowaniu.

Art. 22 ust. 1 pkt 2 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3]

14. Sygn. akt: KIO 2614/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Stosownie do wskazanego punktu 8.2. specyfikacji: „O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenia pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę, polegającą na odbiorze odpadów komunalnych o wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto". Zgodnie zatem z tym warunkiem Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał posiadanie doświadczenia w odbiorze odpadów, wskazując na minimalną wartość dla tej usługi. W tym miejscu Izba wskazuje na ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i chociażby jej art. 6d ust. 1, w którym ustawodawca niezależnie od usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jednoznacznie wyodrębnił możliwość zlecenia także usługi odbioru odpadów. Niewątpliwie przepisy wskazanej ustawy, z uwagi na przedmiot zamówienia, a mianowicie odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy, stanowią uzasadnioną wskazówkę dla interpretacji wymagania z pkt 8.2. specyfikacji. Wykonawca X w Wykazie wyko-

nanych usług bezspornie wskazał na usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkanych z terenu Gminy B. na kwotę łączną ponad 1 mln zł. Również w treści dokumentu referencyjnego należytego wykonania tej usługi wystawca dokumentu poświadczył, że prace wykonane przez X obejmowały odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, o wartości przekraczającej siedmiocyfrową wartość także w odniesieniu do usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Wobec brzmienia warunku pkt 8.2 specyfikacji nie jest możliwe przyjęcie argumentacji Zamawiającego, że dla jego oceny wiążąca jest interpretacja wykonawców, jako obejmująca odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z przedmiotem zamówienia, przejawiająca się w zamieszczeniu w Wykazie wykonanych usług – usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, oraz podanie jednej wartości bez wyodrębnienia kwoty wynagrodzenia za usługę odbioru odpadów. W stanie faktycznym sprawy, podnoszenie na tym etapie celu opisania warunku, wobec jego literalnego brzmienia, powodowałoby w konsekwencji zmianę wymagania. Taka zmiana nie jest możliwa, albowiem Zamawiający pozostaje związany – tak jak podniósł Odwołujący – sformułowanym przez siebie opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w takim samym stopniu, co wykonawcy. Wszelkie wątpliwości dotyczące oceny spełniania wskazanych w specyfikacji warunków mogły być wyjaśnione przed upływem terminu składania ofert. Izba stwierdza także, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wykonawca X nie udowodnił, że wskazana w Wykazie kwota 1.940.112 zł zawiera w sobie cześć usługi, polegającej na odbiorze odpadów komunalnych na kwotę nie mniejszą niż 1 mln zł brutto. Przedłożona dodatkowo przez Zamawiającego informacja o usłudze świadczonej przez X, którą uzyskał od wykonawcy bez jego wezwania, nie mogła być przedmiotem oceny Izby, albowiem zawarte w tym dokumencie dane i wartości [kwota 3.911..033,92] nie wyodrębniały wymaganej kwoty wynagrodzenia za odbiór odpadów. Izba nie była uprawniona do hipotetycznych rozstrzygnięć procentowego udziału w kwocie wynagrodzenia za usługę odbioru i usługę zagospodarowania, albowiem w samych twierdzeniach Przystępującego, brak było konsekwencji w procentowym podziale kosztów. I tak, wykonawca z jednej strony w toku rozprawy marginalizował koszty za zagospodarowanie odpadów, ale z drugiej, w ofercie kosztom tym dał prymat, rzędu 60%, w stosunku do kosztów odbioru odpadów. Reasumując Izba stwierdza, że w tym stanie rzeczy, zasadne było unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy X oraz nakazanie Zamawiającemu przez Izbę ponownego badania oferty tego wykonawcy w zakresie spełniania warunku z punktu 8.2 specyfikacji z zastosowaniem wezwania – odpowiednio procedury z art. 26 ust. 4 Pzp i ewentualnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – wykonawcy X do udzielenia wyjaśnień, czy część usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych, w pierwszej kolejności tej wskazanej w ofercie, była nie mniejsza niż 1 mln zł brutto, a w przypadku braku potwierdzenia tej okoliczności – wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu z obowiązkiem analizy dokumentu jak wskazano powyżej.

15. Sygn. akt: KIO 2642/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4.1.2 SIWZ. Odwołujący argumentował, że wykonawca A w sposób niedozwolony zsumował pojedyncze usługi wykonane na rzecz spółki B s.r.o. oraz C S.A. w celu wykazania spełnienia powyższego warunku zwartego w SIWZ. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który błędne utożsamił wykonanie usługi z wykonaniem umowy. Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie wskazał, że wykonawcy winni legitymować się wykonaniem trzech usług, nie zaś wykonaniem trzech umów. Sytuacja pomiędzy Odwołującym, a wykonawcą A sprowadza się *de facto* do tego, że wykonawca A wykonał szereg tłumaczeń na rzecz określonego podmiotu, na podstawie odrębnych umów, zaś Odwołujący wykonał szereg zleceń na podstawie jednej umowy. Różnica sprowadza się

więc do formy w jakiej poszczególne zlecenia zostały ujęte – jedna umowa vs. szereg umów. Podkreślić jednakże należy, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ wymaganej formy wykonania usług. Sposób interpretacji SIWZ przedstawionej przez Odwołującego nie może mieć zastosowania do oferty wykonawcy A, gdyż nie ma on oparcia w literalnej wykładni spornego postanowienia SIWZ.

W ocenie Izby fizycznie umiejscowienie poszczególnych tłumaczeń w ramach jednej umowy bądź też pojedynczych umów wykonanych na rzecz danego podmiotu nie ma znaczenia w świetle SIWZ. Jak Izba wskazała powyżej błędnie bowiem Odwołujący utożsamia pojęcie usługi z pojęciem umowy. Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, iż oczekuje doświadczenia w postaci realizacji trzech umów, ale realizacji trzech usług. Okoliczność, iż Odwołujący wykonał szereg zleceń w ramach jednej umowy, zaś wykonawca A wykonał również szereg zleceń, ale w ramach odrębnych pojedynczych umów nie może stanowić o zasadności zarzutu Odwołującego, gdyż z punktu widzenia zapisów SIWZ irrelewantna dla Zamawiającego była formalna podstawa wykonania danej usługi.

16. Sygn. akt: KIO 2679/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, czego dowodzą złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i referencje odnośnie pozycji nr 2 wykazu dostaw, tj. dostawy wykonanej przez podmiot udostępniający Przystępującemu zasoby na rzecz firmy X SA. Wykonawca wystarczająco wyczerpująco opisał na czym polegały czynności wykonywane w ramach zawartej umowy. Wyjaśnienia te nie stoją w sprzeczności z informacjami wynikającymi z oferty i załączonymi przez Przystępującego pierwotnymi dokumentami, są raczej ich uzupełnieniem. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie podanych numerów katalogowych oraz opisanego sposobu dostaw był w stanie zweryfikować, czy przedstawiona pozycja wykazu dostaw potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Poza tym Odwołujący nie zanegował tezy zgłoszonej przez Przystępującego, że dostawy takiego typu urządzeń (systemu) muszą być wykonywane w warunkach wysokiej czystości, bowiem tylko spełnienie tego wymagania gwarantuje odpowiednią jakość technologii i wykonywanych badań. Nie ma zatem możliwości, aby przedmiotowo podobna dostawa odbywała się w innych niż warunki wysokiej czystości. Dlatego też pozycja nr 2 z wykazu dostaw w adekwatny sposób potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Końcowo, za Zamawiającym i Przystępującym, odnosząc się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, jakoby Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw, wskazać należy, że referencje potwierdzać mają należyte wykonanie usług. Taki jest podstawowy cel wymienionych dokumentów określony przez ustawodawcę. Nie jest zatem właściwe prezentowanie stanowiska, zgodnie z którym referencje winny zawierać elementy odnoszące się do brzmienia warunku i konkretnego postępowania. Referencje nie muszą powielać, czy też potwierdzać informacji wynikających z wykazu dostaw o zakresie zadania. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca. Nie dyskwalifikuje zatem referencji brak szczegółowego odniesienia się do ustalonego w konkretnym postępowaniu warunku udziału, natomiast sama okoliczność potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę ustalona została na podstawie innych dokumentów załączonych do oferty i uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego.

Art. 22 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3]

17. Sygn. akt: KIO 2715/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

Przytoczone w odwołaniu przez Odwołującego postanowienia SIWZ nie były sporne: Zamawiający prowadzi postępowanie w dwóch częściach i wskazał, że przy składaniu oferty na obie części postępowania, wykonawca nie może się posługiwać tym samym potencjałem osobowym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w każdej części. Nie było również sporne, że Przystępujący nie wskazał tego samego potencjału osobowego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla obu części postępowania. Wskazał natomiast osoby, które wskazywał w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że Przystępujący w wykazie osób wskazał osoby, które wskazywał też w analogicznych wykazach w innych postępowaniach, prowadzi do naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, przytoczonych w odwołaniu. Tymczasem Zamawiający nie zabronił posługiwania się w niniejszym postępowaniu tym samym potencjałem, którym wykonawcy posługują się czy posługiwali się w innych postępowaniach.

Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, zgodnie z jego brzmieniem. Skoro Zamawiający nie zabronił posługiwania się, w prowadzonym przez siebie postępowaniu, tym samym potencjałem osobowym, co w innych postępowaniach, posługiwanie się takim potencjałem nie może być podstawą wykluczenia. W konsekwencji w ocenie Izby nie doszło zatem do żadnych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych. Dla powyższej oceny nie może mieć znaczenia, że inni zamawiający zakazywali w prowadzonych przez siebie postępowaniach posługiwania się tym samym potencjałem, co w innych postępowaniach.

Zbyt daleko idące są również w ocenie Izby wnioski Odwołującego o złożeniu fałszywych oświadczeń odnośnie spełnienia warunków udziału postępowaniu/niepodlegania wykluczeniu. Niezależnie od okoliczności, że Izba nie stwierdziła podstaw od wykluczenie Przystępującego z postępowania, nawet gdyby wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu/niepodleganiu wykluczeniu oparte na subiektywnej ocenie wykonawcy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nie może być traktowane na równi ze złożeniem fałszywych informacji czy oświadczeń.

Art. 22 ust. 1 pkt 4 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 2]

18. Sygn. akt: KIO 1955/15, Wyrok KIO z dnia 24 września 2015 r.

Dla rozstrzygnięcia decydujące znaczenia miała treść dokumentu przedłożonego w postępowaniu, w tym w szczególności zastrzeżenie zawarte w treści opinii i dotyczące deklaracji możliwości ubiegania się o kredyt do kwoty 1 000.000,00 PLN. Izba uznała, iż uzależnienie możliwości ubiegania się o kredyt do wskazanej kwoty od posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym, faktycznie czyni zaświadczenie nieprzydatnym dla stwierdzenia, iż bank potwierdził możliwość udzielenia kredytu do wskazanej kwoty. Jedyną informacją jaka jest pewna to ta, że X może ubiegać się o kredyt, co nie jest jednoznaczne z możliwością jego uzyskania. Tym samym Zamawiający nie mógł stwierdzić, że sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawcy jest wiarygodna, tj. była poddana obiektywnej ocenie banku. W ocenie Izby nie można utożsamiać deklaracji o możliwości wystąpienia o kredyt z ustaleniem przeprowadzenia weryfikacji sytuacji podmiotu, który z takiej możliwości miałby skorzystać. Złożenie opinii

bankowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu sprawdzenie, czy wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej umożliwiającej wykonanie zamówienia. Jeżeli wykonawca nie posiada własnych środków finansowych opinia banku o zdolności kredytowej musi pozwalać na stwierdzenie, iż środki takie wykonawca uzyska. Sama deklaracja o możliwości ubiegania się o kredyt bez wskazania na posiadaną w momencie wystawienia opinii zdolność kredytową nie pozwala na stwierdzenie, iż wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia.

19. Sygn. akt: KIO 2263/15, Wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r.

Spór pomiędzy stronami dotyczył tego, czy można było uznać za wystarczającą opinię banku, w której uzależniono możliwość udzielenia finansowania wykonawcy w kwocie wymaganej przez zamawiającego od „spełnienia warunków banku dotyczących zabezpieczenia".

Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił, że omawiana opinia bankowa potwierdzała posiadanie przez przystępującego zdolności kredytowej na poziomie wymaganym przez zamawiającego. Jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący, informacja banku o zdolności kredytowej składana przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć jedynie weryfikacji zdolności finansowej wykonawcy, który dopiero ubiega się o zamówienie. W szczególności celem składania takiej informacji nie jest dowodzenie zamawiającemu, iż wykonawca zawarł przedwstępną umowę kredytową. Użycie sformułowań wskazujących na to, że bank widzi możliwość udzielenia finansowania po spełnieniu warunków dotyczących zabezpieczenia, nie świadczy o tym, że złożony dokument nie potwierdza zdolności finansowej wykonawcy jedynie ubiegającego się o zamówienie. Oczywistym jest, że zawarcie umowy kredytowej musi się wiązać ze spełnieniem określonych, dalszych warunków banku, jak choćby ze złożeniem wniosku, przedstawieniem stosownej dokumentacji odnoszącej się do sytuacji finansowej wnioskodawcy, czy ustanowieniem zabezpieczenia. Postanowienia opinii banku, poświadczającej zdolność kredytową, która wskazuje na te elementy, nie stanowią zatem o nieprawidłowości dokumentu złożonego przez przystępującego. Kwestią wtórną, pozostającą poza strefą zainteresowania zamawiającego, badającego wszak zdolność finansową jedynie potencjalnego wykonawcy, są warunki przyznania takiego kredytu.

20. Sygn. akt: KIO 2654/15, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2015 r.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się w tym przypadku w istocie do kwestii, czy brak zakończenia projektu badawczego realizowanego na rzecz Miasta P. wyklucza legitymowanie się doświadczeniem uzyskanym przez wykazywanego przez Odwołującego metodologa w kontekście opisu doświadczenia zawartym w rozdz. V pkt 1.3.2 SIWZ. Ujmując rzecz ogólniej, Zamawiający zdawał się zakładać (przynajmniej w dorozumiany sposób), że spełnienie opisanych w SIWZ wymagań dotyczących doświadczenia osoby metodologa wymaga zakończenia i odebrania całego przedmiotu umowy dotyczącej badań, a przynajmniej realizacji i odebrania jej poszczególnych etapów dotyczących opisanych czynności.

Właśnie w oparciu o tego typu założenia, co do interpretacji i znaczenia własnej SIWZ oraz odnosząc do nich ustalony stan realizacji badań w P., Zamawiający uznał, że wskazywane doświadczenie p. Wojciecha R. nabyte przy tym projekcie nie może odpowiadać wymaganiom jego dokumentu przetargowego, co do doświadczenia w analizie danych (odpowiedzialności za taką analizę). Tymczasem przedmiotowe postanowienia SIWZ nie dają podstaw do przyjęcia, że żądane osoby winny charakteryzować się doświadczeniem niejako kompletnym – zakończonym i zweryfikowanym przez odbiór danego rodzaju prac czy całego przedmiotu umowy. Przeciwnie, wskazano tam jedynie, że wymagana osoba była metodologiem w co najmniej trzech badaniach w okresie trzech lat przed terminem składania ofert i była odpowiedzialna za przygotowanie narzędzi badawczych i analizę danych. Żadnego konkret-

nego zakresu, sposobu czy standardów nabycia doświadczenia Zamawiający nie opisał, w szczególności nie wskazywał, aby odpowiedzialność za analizę danych mogła być rozumiana i zrealizowana jedynie jako zakończenie tej analizy i jej pełne opracowanie, a nawet odebranie jej wyników.

Tym samym, w świetle uzyskanych od firmy prowadzącej badania, Spółki (...) w P., stwierdzić należało, że sporne doświadczenie dr Wojciecha R. w pełni i dosłownie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu opisanemu przez Zamawiającego. Dr R. był metodologiem badania odpowiadającego przedmiotowo wymaganiom Zamawiającego; pełnił tę funkcję w okresie zakreślonym przez Zamawiającego; w jej ramach był odpowiedzialny za przygotowanie narzędzi badawczych i za analizę zebranych danych. Nawet jeżeli w referencyjnym okresie odpowiedzialność ta była krótka czy niewielka, powyższe odpowiada tak opisanemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe przy rozpatrywaniu przedmiotowej sprawy, stwierdzić należało, że zastana treść SIWZ nie uprawnia do egzekwowania od wykonawców materialnego doświadczenia osób w rozumieniu prezentowanym przez Zamawiającego. Z tego względu potwierdzono naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]* przez jego zastosowanie w odniesieniu do Odwołującego oraz nakazano Zamawiającemu przywrócenie Odwołującego do postępowania jako wykonawcy, który wykazał spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Art. 22 ust. 4
[aktualnie art. 22 ust. 1a]

21. Sygn. akt: KIO 2657/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie potencjału technicznego oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby owa nieproporcjonalność nie ma miejsca w przypadku kwestionowanego warunku udziału. Jak wynika z ustaleń opisu przedmiotu zamówienia będzie ono wykonywane przy użyciu pojazdów typu śmieciarka z HDS, przy czym sam Odwołujący nie kwestionował, że zaproponowanie pojazdów równoważnych do wykonywania części zamówienia związanej z odbiorem odpadów z pojemników 700 l, 1100 l w zabudowie wielorodzinnej jest trudne. Skoro więc odbieranie selektywnie zebranej frakcji suchej odpadów komunalnych z tego rodzaju pojemników odbywać może się tylko przy użyciu tego typu pojazdów, to wymóg posiadania dwóch pojazdów bezpylnych wyposażonych w urządzenie HDS nie jest nadmierny. Na terenie miasta L. odpady gromadzone są w różny sposób i do tej różnorodności Zamawiający dopasował optymalny sposób odbierania tych odpadów. Pojazdy równoważne wskazane przez Odwołującego (hakowiec lub skrzyniowiec) nie mają przystosowanej konstrukcji i urządzeń do opróżniania pojemników 700 l i 1000 l nie są to zatem pojazdy, które umożliwią efektywne opróżnianie pojemników w L. Wykonawca zainteresowany zamó-

wieniem musi dysponować odpowiednim potencjałem technicznym, który umożliwi mu sprostanie wymaganiom Zamawiającego i mieszkańców. Za niecelowe natomiast należałoby uznać wymaganie, gdzie wykonawca musiałby dysponować co najmniej dwoma rodzajami pojazdów, do każdego rodzaju pojemników, do opróżniania których będzie zobowiązany. W ocenie składu orzekającego Izby wymaganie dysponowania pojazdem, którego konstrukcja umożliwia opróżnianie każdego rodzaju pojemników jest właściwsze.

W kwestii sformułowania przedmiotowego zarzutu, dostrzeżenia wymaga jeszcze jedna okoliczność. Odwołujący zakwestionował treść ppkt 5.4.3.1.2.1 SIWZ (dotyczącą warunku) ale formalnie nie wskazał naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Cała oś argumentacji Odwołującego skoncentrowała się na opisie przedmiotu zamówienia, nie odnosił się on do ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny. Z tych powodów także zarzut podlegał oddaleniu.

Art. 23

22. Sygn. akt: KIO 2676/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z ust. 3 ww. artykułu – przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący zdecydował się na udział w postępowaniu tworząc „konsorcjum", tj. w charakterze dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 5 opisał warunki udziału w postępowaniu, jakie muszą spełnić wykonawcy chcący ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a w rozdziale 6 s.i.w.z. zamawiający wskazał jakiego rodzaju oświadczenia i dokumenty muszą złożyć wykonawcy, aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale 5 s.i.w.z. Odwołujący, występujący w charakterze wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, potwierdził spełnienie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1–4 s.i.w.z. w odniesieniu do jednego członka konsorcjum. Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w zakresie spełnienia ww. warunku w odniesieniu do drugiego członka konsorcjum. W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, że główny przedmiot zamówienia, związany z odbieraniem i zagospodarowywaniem odpadów będzie świadczony wyłącznie przez jednego członka konsorcjum, który posiada określone w s.i.w.z. uprawnienia i zezwolenia, na dowód czego przedłożył umowę konsorcjum. Z powyższym wyjaśnieniem nie zgodził się zamawiający i wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę. Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i wniósł, w ustawowym terminie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji bezzasadnie odrzucił jego ofertę.

Izba wskazuje, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyraził w sposób bezpośredni ani też pośredni, że wymagania odnośnie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1–4 s.i.w.z. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełnić oddzielnie dla każdego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zasadą bowiem, wynikającą z ustawy – Prawo zamówień publicznych jest, iż jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie przepisu art. 23 ustawy Pzp, może ubiegać się o udzielenie zamówienia w konsorcjum, w ten sposób, że każdy z uczestników konsorcjum spełnia w określony sposób wymagania zamawiającego, tworząc całościowo obraz wykonawcy, który w każdym elemencie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wyłączeniem od powyższej zasady może być okoliczność, że zamawiający w przypadku skomplikowanego i na tyle istotnego przedmiotu zamó-

wienia może ustanowić warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdego uczestnika konsorcjum. Jest to jednakże okoliczność wyjątkowa i na tyle specyficzna, że musi być poparta określoną argumentacją i dowodami.

W przedmiotowym postępowaniu, poza faktem, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł takiego obostrzenia w odniesieniu do każdego uczestnika konsorcjum, Izba nie znajduje okoliczności specyficznych, uprawniających zamawiającego do wprowadzenia tego rodzaju ograniczenia. Przedmiot zamówienia został bowiem opisany w rozdziale 3 s.i.w.z., który swoim zakresem obejmuje szereg czynności, do których zobowiązany jest wykonawca. I tak poza odbiorem i wywozem odpadów, wykonawca zobowiązany jest do utworzenia PSZOK (Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych), mycia pojemników, dostarczenia worków, pojemników lub kontenerów, sporządzania sprawozdań miesięcznych i półrocznych, itp.

Odwołujący tworząc konsorcjum podzielił zakres wykonywanych czynności pomiędzy uczestników konsorcjum w ten sposób, że pełnomocnik konsorcjum będzie wykonywał świadczenie główne, natomiast uczestnik konsorcjum będzie zajmował się obsługą administracyjną konsorcjum, sporządzaniem dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia (§ 5 ust. 2 umowy konsorcjum z dnia 12.11.2015 r.).

W ocenie Izby brak było podstaw do żądania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1–4 s.i.w.z. od uczestnika konsorcjum, albowiem taka okoliczność nie wynikała z treści s.i.w.z. Tym samym zamawiający bezzasadnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucił jego ofertę. Zamawiający nie ma bowiem podstaw do kreowania treści umowy konsorcjum i regulowania stosunku prawnego wiążącego strony umowy konsorcjum, w tym podziału robót, przez uczestników konsorcjum.

Nawet jeżeli przyjąć argumentację, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała sformułowania niejasne, wykluczające się nawzajem, to w myśl utrwalonego i jednolitego w tym zakresie orzecznictwa, wszelkie niejasności, czy też wady s.i.w.z. należy odczytywać na korzyść wykonawcy.

23. Sygn. akt: KIO 2683/15, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2015 r.

Pełnomocnictwo, o którym stanowi art. 23 ust. 2 Pzp, ustanowione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego zakresem jest:

– reprezentowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo
– reprezentowanie tych wykonawców w postępowaniu i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy ani też przepisy Kodeksu cywilnego nie wymagają, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, że wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Okoliczności wspólnego ubiegania się o zamówienie powinny jednoznacznie wynikać ze złożonych w postępowaniu, wraz z wnioskiem albo ofertą, dokumentów (wyrok z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 263/08).

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie złożono pełnomocnictwo (karta 267 dokumentacji postępowania zamawiającego) udzielone przez „Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych X Sp. z o.o. z siedzibą T. (...) reprezentowane przez: Prezesa Zarządu – Marcina M., który działając wspólnie jako Konsorcjum z Y Sp. z o.o. w N., w trybie art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, upoważnił Lidera: Y Sp. z o.o. z siedzibą w N., do reprezentowania każdego uczestnika Konsorcjum z osobna oraz łącznie jako Konsorcjum wykonawców: Y Sp. z o.o. i X Sp. z o.o. w postępowaniu o zamówienie publiczne

zorganizowane przez Gminę P. – Zakład Gospodarki Komunalnej, (...) na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy P. w latach 2016–2018" oraz do zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego." Jednocześnie w treści pełnomocnictwa oświadczono, że „zarówno Lider Konsorcjum jak i każdy uczestnik Konsorcjum przyjmują odpowiedzialność solidarną wobec zamawiającego z tytułu realizacji ww. zamówienia oraz przyjmują na siebie zobowiązanie o braku możliwości rozwiązania pełnomocnictwa oraz dokonywania zmian w jego treści do czasu zakończenia prac będących przedmiotem zamówienia bez wcześniejszego uzgodnienia z Zamawiającym." Ponadto wskazano, że „Pełnomocnictwo upoważnia Pełnomocnika – Lidera Konsorcjum Y Sp. z o.o. w szczególności do:

1. Przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych,
2. Poświadczenia „za zgodność z oryginałem" wszystkich dokumentów załączonych do oferty,
3. Reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i do zawarcia umowy,
4. Podejmowania wszelkich czynności w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej, a w szczególności do sporządzania i wnoszenia protestów, sporządzania i wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, do reprezentacji w toku postępowania odwoławczego, w tym także do reprezentacji przed Zespołem Arbitrów (Krajową Izbą Odwoławczą), sporządzania i wnoszenia skarg na wyroki Zespołu Arbitrów (Krajowej Izby Odwoławczej) oraz reprezentacji Konsorcjum Wykonawców przed Sądem Okręgowym w postępowaniu toczącym się w związku z wniesieniem skargi."

Treść pełnomocnictwa odpowiada w pełni zakresowi pełnomocnictwa wskazanemu w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Z pełnomocnictwa wynika umocowanie lidera do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez zamawiającego Gminę P. – Zakład Gospodarki Komunalnej, oznaczenie postępowania przez wskazanie nazwy przedmiotu zamówienia – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy P. w latach 2016–2018" oraz umocowanie do zawarcia umowy w sprawie wskazanego zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo umocowujące lidera konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest umocowaniem do wszystkich czynności w tym postępowaniu. Taki zakres pełnomocnictwa jest w pełni wystarczający do wszelkich czynności począwszy od czynności przygotowania oferty (przed podpisaniem dokumentu jest to tylko projekt oferty), złożenia oferty (przedstawienia zamawiającemu podpisanego oświadczenia woli) oraz doręczenia oferty w wyznaczonym miejscu i terminie. Pojęcie „złożenie oferty" w znaczeniu cywilistycznym (art. 61–63 kc), w tym w postępowaniach o zamówienie publiczne (ustawa Pzp, w szczególności art. 82 i następne), nie oznacza zawężenia pojęcia do czynności technicznych rozumianych, jako dostarczenie oferty. Dostarczenie oferty w sensie technicznym, nie wymaga żadnego umocowania ani innego upoważnienia. Zanieść, zawieźć, przesłać ofertę może każda osoba, której taką czynność powierzy składający ofertę. Natomiast złożenie oferty w rozumieniu materialnoprawnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej, a więc podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu.

Dodatkowe umocowanie przedstawione w pełnomocnictwie w części wskazującej czynności wyspecyfikowane po wyrazach „w szczególności" – „Przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych", jest powtórzeniem umocowania wynikającego z treści pełnomocnictwa odpowiadającej treści przepisu art. 23 ust. 2 Pzp i jest umocowaniem do wszystkich czynności, począwszy od pierwszej czynności związanej z przygotowaniem oferty a skończywszy na fizycznym do-

ręczeniu oferty zamawiającemu. Opisy przedstawione w treści SIWZ, w szczególności dotyczące sposobu przygotowania oferty – przez powtórzenie opisów poszczególnych czynności, podkreślające ich znaczenie, są opisami technicznymi przedstawionymi w sposób, którego celem jest wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości. Opisy takie nie stanowią podstawy uznania sprzeczności sposobu przygotowania oferty z SIWZ, jeśli oferta została przygotowana w sposób zgodny z ustawą.

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 14]

24. Sygn. akt: KIO 1799/15, KIO 1801/15, Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku w ofercie Wykonawcy X dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego X Sp. z o.o. o niekaralności spółki i jej członków zarządu (pkt III b odwołania). Izba zauważa, że z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy co do zasady nie ma rangi dokumentu – ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego. Nadanie wydrukom komputerowym rangi dokumentu możliwe jest wyłącznie na podstawie jednoznacznego przepisu ustawy. Dotyczy to także informacji z Krajowego Rejestru Karnego na temat karalności osoby. Wydruk komputerowy zawierający informację na temat karalności danej osoby mógłby zostać uznany za dokument jedynie w przypadku, gdyby przepis ustawy nadawał temu wydrukowi rangę dokumentu lub też zrównywałby jego moc z mocą dokumentów. Tak jednak nie jest. Żaden z przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nie nadaje wydrukom komputerowym takiej mocy.

Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych zgromadzonych w Rejestrze, bez względu na sposób jej udzielenia, stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego. Należy bowiem zauważyć – a potwierdza to również stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości, że w przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formę elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Stąd też skuteczne posługiwanie się taką informacją wymaga przede wszystkim przedłożenia pliku elektronicznego zapisanego na nośniku danych. Sam wydruk może w takim przypadku pełnić funkcję pomocniczą, ale wydruk nie może zastąpić dokumentu, którym jest plik elektroniczny.

Należy podkreślić, że zrównanie mocy wydruków komputerowych z dokumentami urzędowymi zostało zastosowane w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym w odniesieniu do informacji odpowiadających odpisowi z tego Rejestru. Na mocy art. 4 ust. 4aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze. Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym nie zawiera analogicznego przepisu, stąd też brak jest podstaw do uznania, że sam wydruk informacji o osobie jest dokumentem.

W świetle powyższego należało uznać, że Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Wykonawcy X do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia braku karalności.

25. Sygn. akt: KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r.

Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1, pkt 5 i 7 – zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty

mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów", składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, 10 i 11 ustawy Pzp. Jeżeli jednak w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów to zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Tak więc podmiot zagraniczny ubiegający się o udzielnie zamówienia zobowiązany jest złożyć zaświadczenie złożone przed właściwym organem, a dopiero w przypadku braku możliwości uzyskania takiego zaświadczenia powinien złożyć oświadczenie.

Wykonawca X załączył do oferty oświadczenia członków zarządu X Limited złożone przed notariuszem, w tym oświadczenie złożone przez Pana Briana R.S.

Niewątpliwym jest, iż w Stanach Zjednoczonych Ameryki możliwym jest uzyskanie zaświadczenia o niekaralności pochodzącego z Federalnego Biura Śledczego (FBI), jak również – w odniesieniu do niektórych stanów – zaświadczenia wystawionego przez dany stan, które może przybrać różną formę w zależności od stanu w jakim jest ono wystawiane. Potwierdzeniem powyższego są złożone przykładowo przez odwołującego Y dokumenty, tj. informacja o karalności pochodząca z Federalnego Biura Śledczego (FBI), jak również zaświadczenie wystawione przez organ administracyjny stanu Kalifornia. Tak więc, uwzględniając specyfikę państwa federacyjnego jakim są Stany Zjednoczone, a także odmienności porządku prawnego każdego ze stanów, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego karalności członków zarządu wykonawca X powinien był złożyć jeden z tych dokumentów. Tymczasem wykonawca X załączył do oferty oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem przez Pana Briana R.S., mającego miejsce zamieszkania na terenie USA, mimo iż prawidłowo powinien był złożyć zaświadczenie wystawione przez właściwy organ administracyjny miejsca zamieszkania tej osoby potwierdzające jej niekaralność w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (podobnie wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 762/10, KIO 132/11, KIO 733/11, KIO 1273/12). W związku z powyższym zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu potwierdzającego niekaralność członka zarządu X – Pana Briana R.S. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 [aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b]

26. Sygn. akt: KIO 1858/15, Wyrok KIO z dnia 9 września 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezależnie od formy, jaką wykonawca wybierze dla wniesienia wadium, to oczywistym jest, że „władztwo" nad tym wadium musi do określonego momentu przejść ostatecznie z wykonawcy na zamawiającego. W przypadku wadium pieniężnego – pieniądze muszą zostać wpłacone na rachunek bankowy, w przypadku innych form – dany dokument (w niniejszej sprawie dokument gwarancji ubezpieczeniowej) musi zostać złożony zamawiającemu. Dokument jest bowiem nośnikiem wadium, ponadto wielokrotnie – tak jak w sprawie niniejszej – posiadanie tego dokumentu (oryginału) stanowi warunek *sine qua non* skuteczności zabezpieczenia i możliwości wystąpienia o zapłatę. Wówczas dochodzi do „wniesienia" wadium. Nie można zgodzić się z argumentami, że dla „wniesienia" wadium wystarczające jest samo ustanowienie wadium/ustanowienie zabezpieczenia. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi o „nie wniesieniu" wadium, a nie o „nie ustanowieniu" wadium. Ustawodawca położył nacisk właśnie na konieczność wniesienia wadium zamawia-

jącemu, tak by podmiot ten dysponował w sposób niezagrożony, w określonym czasie, „władztwem" nad wadium (władztwem nad pieniędzmi wykonawcy lub innymi formami, o których mowa w art. 45 ust. 6 Pzp). „Władztwo" to niewątpliwie pozwala bowiem zamawiającemu na zrealizowanie uprawnień związanych z instytucją wadium, jest więc ono elementem gwarantującym zachowanie istoty tej instytucji. Ponadto samo ustanowienie wadium może nie stanowić wystarczającego zabezpieczenia, gdyż właśnie dopiero posiadanie dokumentu, będącego nośnikiem wadium, dowodem jego istnienia i warunkiem wystąpienia z żądaniem zapłaty, może warunkować zarówno samo istnienie wadium, eliminować możliwość jego wygaśnięcia wskutek okoliczności niezależnych od zamawiającego, jak również warunkować możliwość skutecznego dochodzenia zaspokojenia z wadium. Wykonawca korzystający z niepieniężnych form wadium musi więc łącznie ustanowić to zabezpieczenie oraz wnieść je zamawiającemu. W przypadku formy pieniężnej ustanowienie i wniesienie wadium dokonuje się poprzez przelew określonej kwoty na rachunek bankowy zamawiającego.

Następnie, racjonalnym podejściem do oceny skuteczności wniesienia wadium w danym postępowaniu jest uczynienie punktem wyjścia dla tej oceny założenia, że formy inne niż wadium pieniężne muszą dawać zamawiającemu taką samą pewność, co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje zamawiającemu wadium pieniężne, a więc fakt przelania na wskazany przez zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. Formy wadium wskazane w art. 45 ust. 6 Pzp, należy uznać za równoważne do wadium pieniężnego – tak więc każda z nich musi dawać zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy na rachunek zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż w takiej sytuacji, gdy zamawiający ma „władztwo" nad określoną sumą pieniężną, gdyż ta znajduje się na jego rachunku bankowym, żadne zdarzenia zewnętrzne, niezależne od woli i działań zamawiającego, nie mogą zagrozić czy pozbawić wadium jego skuteczności i bezwarunkowości. Taki sam stan rzeczy musi istnieć w przypadku innych, niepieniężny form wadium.

27. Sygn. akt: KIO 2188/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium *a contrario*, wskazać można, iż za prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi, np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. nieprawidłowe wniesienie wadium stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp – przyp. red.]* (…)

Odnośnie wykładni samego dokumentu gwarancyjnego, Izba przyznaje, że generalnie, dla samego osiągnięcia celu jakim jest zabezpieczenie oferty, jego treść winna być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Jednakże sam fakt abstrakcyjnego charakteru czynności jaką jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, nie oznacza wcale, że w ogóle jej treść nie jest czy nie może być interpretowana. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda, paremia clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykony-

wanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia – i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia specjalnie pogłębiona, nie oznacza to jednak, że przedmiotowa gwarancja budzi lub może budzić jakiekolwiek wątpliwości i problemy interpretacyjne.

28. Sygn. akt: KIO 2554/15, KIO 2561/15, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2015 r.

Niewątpliwym jest, iż wykonawca X nie zawarł w treści gwarancji bankowej elementu o treści wskazanej przez zamawiającego w treści SIWZ, a mianowicie „zobowiązanie gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zobowiązania". Zamiast tego złożona przez niego gwarancja bankowa zawiera treść „(...) na Państwa pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu (...)".

Wadium – zgodnie z przepisami ustawy Pzp – ma na celu prawidłowe zabezpieczenie interesów zamawiającego. Tak więc prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy (art. 45 i 46 ustawy Pzp) i które zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne. Wobec czego jako taki można uznać wymóg zawarcia w gwarancji bankowej zapisu dotyczącego „wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zobowiązania".

Niemniej jednak nawet, gdyby uznać, iż zapis SIWZ dotyczący terminu, w którym winna nastąpić wypłata pełnej kwoty wadium powinien znaleźć się w treści gwarancji to zawarte w gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę X stwierdzenie na „pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty" czyni zadość temu wymogowi. O zobowiązaniu banku (gwaranta) decyduje bowiem treść gwarancji złożonej beneficjentowi. Prawo bankowe nie zawiera regulacji odnoszących się do terminu zapłaty z tytułu gwarancji, odsyłając w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego. Natomiast wymagalność świadczenia powstaje po skierowaniu do gwaranta „żądania zapłaty" wystosowanego przez beneficjenta gwarancji, a więc zamawiającego. Świadczenie to – zgodnie z art. 455 k.c. – powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania, przy czym termin „niezwłocznie" w okolicznościach związanych z wniesieniem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza czas niezbędny bankowi na realizację żądania zapłaty, który z pewnością nie będzie wynosił aż 21 dni, jak tego wymagał zamawiający w rozdziale IX ust. 7 pkt 3 SIWZ.

Fakt umieszczenia w gwarancji bankowej klauzuli identyfikacyjnej (dotyczącej identyfikacji osób i ich podpisów) oraz sposobu przekazania żądania wypłaty, której – jak podniósł odwołujący konsorcjum Y – zgodnie z treścią SIWZ gwarancja nie powinna zawierać, nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione skutecznie. W sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również, gdy zamawiający ma możliwość zaspokojenia ewentualnego roszczenia z wadium, a w tym przypadku rzeczywiście ma należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie można oceniać ważności wadium przez pryzmat zamieszczenia klauzuli identyfikacyjnej. Fakt, że w treści gwarancji bankowej znalazło się takie stwierdzenie, nie powoduje, że wadium, który klauzulę taką zawiera, należy uważać za niewniesione. Wniesione wadium jest ważne i bezwarunkowe, stąd też brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

29. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

Stosownie do postanowienia zawartego w pkt 11.2.7 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej, wadium zawierało zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty

wadium na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. w 46 ust. 5 Pzp.

Odwołujący złożył w postępowaniu Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr (...) wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń X S.A. w dniu 26 sierpnia 2015 r. Powyższy dokument zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki określone zgodnie z pkt 11 Część 1 SIWZ, w tym nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta do zapłaty każdej kwoty do łącznej wysokości 1 000 000,00 zł na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

Zawarte w treści ww. dokumentu sformułowanie „prawo do składania roszczeń w ramach niniejszej gwarancji może być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Banku, wyrażoną na piśmie" nie ma istotnego znaczenia dla skuteczności gwarancji. Niezależnie od powyższego sformułowania ubezpieczyciel w treści gwarancji zawarł postanowienie, że „uprawnienia z niniejszej Gwarancji mogą być przeniesione na rzecz innych osób trzecich jedynie za uprzednią zgodą Towarzystwa Ubezpieczeń X S.A." Jak wyjaśnił Przystępujący A, treść gwarancji została sformułowana, zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego, z tym, że omyłkowo w treści dokumentu pozostawiono sformułowanie dotyczące banku – przewidziane dla gwarancji bankowej, podczas gdy w tym przypadku mamy do czynienia z gwarancją ubezpieczeniową. Wyjaśnienie to jest w ocenie Izby wiarygodne, w szczególności w sytuacji, gdy Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tezy, że zakwestionowana treść ma oparcie w jakimś konkretnym stanie faktycznym, a nie jest tylko omyłką pisarską w zakresie przeniesienia tego zdania z wzorca.

W świetle powyższego, kwestionowane przez Odwołującego sformułowanie w treści gwarancji nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na prawidłowość i skuteczność zobowiązań Gwaranta wobec Zamawiającego, wynikających ze złożonej gwarancji. Skoro wpływ taki nie został wykazany przez Odwołującego, nie ma podstaw by uznać, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie zostało wniesione, gdyż dokument ten zawiera wszystkie elementy przedmiotowo istotne gwarancji ubezpieczeniowej.

30. Sygn. akt: KIO 2729/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 pzp. *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. nieprawidłowe wniesienie wadium stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp – przyp. red.]* Izba zważyła, że wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał również postanowień s.i.w.z., z których wynikałoby takie oczekiwanie Zamawiającego.

W dotychczasowym orzecznictwie Izby wskazuje się, że na gruncie ustawy pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję. Stąd jeżeli zamawiający oczekuje wykazania takiego umocowania, winien je wprost zawrzeć w s.i.w.z. {tak w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1101/11)}. Ponadto zdaniem składu orzekającego zamawiający jest zawsze uprawniony do wyjaśnienia tej kwestii, jeżeli złożony dokument gwarancji wadialnej budzi jego wątpliwości. Co do zasady wziąć jednak należy pod uwagę, że ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę, czynności prawne z klientami dokonywane są za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Z tego względu zarówno klient, jak i osoby trzecie powinny brać pod uwagę

wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługiwania publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca jako zlecający, a także zamawiający jako beneficjent, mają prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela na odpowiednich formularzach tych instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych. Powyższe stanowisko jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby {por. uzasadnienia wyroków wydanych: 11 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1867/09), 4 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1961/09), 4 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 119/11), 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt 1101/11) oraz 15 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2369/13); wszystkie opubl. na www.uzp.gov.pl}.

Odwołujący, na którym według art. 190 ust. 1 pzp spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie obalił powyższego domniemania, w szczególności nie wykazał, że osoba, która podpisała gwarancję była do tego nieumocowana. Wobec tego nie została udowodnione twierdzenie, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum X nie stanowi skutecznie wniesionego wadium. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp i dalszych przepisów wskazanych w odwołaniu należało uznać za niezasadny.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 16]

31. Sygn. akt: KIO 2714/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

Odnośnie zarzutu złożenia fałszywych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia z postępowania skutkującego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a także zaniechanie zbadania prawdziwości oświadczenia z art. 44 ustawy pzp i zaniechanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp Izba stwierdza, że zarzuty te są niezasadne. W sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki wykluczenia wykonawcy wskutek uznania informacji za nieprawdziwe i wskutek tego mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Istotna jest w tym zakresie przesłanka świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez wykonawcę. Wskazanie w ofercie osób, które uczestniczą w realizacji innych zamówień nie oznacza, że podano nieprawdziwe informacje. Należy potwierdzić, że ocena informacji co do jej prawdziwości lub nieprawdy wymaga ustalenia stanu faktycznego. Natomiast twierdzenie, że wykonawca deklarujący dysponowanie określonymi osobami na dzień składania oferty nie zapewni wykonywania przez te osoby określonych prac w przyszłości z powodu niepotwierdzonych i przyszłych zdarzeń, nie może być oceniony jako podmiot składający nieprawdziwe informacje. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania potencjałem osobowym, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a]

32. Sygn. akt: KIO 2243/15, KIO 2256/15, KIO 2262/15, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2015 r.

Możliwość powoływania się przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu na potencjał innego podmiotu wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub

ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia." Art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych, który również przywołał odwołujący, stanowi, że podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. przepisowi temu odpowiada art. 22a ust. 5 ustawy Pzp – przyp. red.]*

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpośrednim przeniesieniem regulacji unijnych, m.in. art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014 – przyp. red.]*, zgodnie z którym wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

(...) pogląd o konieczności realnego dysponowania deklarowanymi zasobami wielokrotnie wyrażany był w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczących możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów, poczynając od wyroku z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 Ballast Nedam, czy z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia. Przykładowo można tu przywołać nowszy wyrok – z 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12, w którym Trybunał wskazał: „Należy zatem zauważyć, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia." Przy czym należy tu zwrócić uwagę, że określeń odnoszących się do „możliwości dysponowania" zasobem nie można odczytywać jako „może, ale nie musi z nich skorzystać, jeśli nie zechce", ale jako „na pewno będzie z nich korzystał." Podobnie, jeśli chodzi o „niezbędność do wykonania zamówienia" – nie można tego odczytywać jako zezwolenie na to, by wykonawca w trakcie realizacji zamówienia stwierdził, że dany zasób, tu: wiedza i doświadczenie, są mu zbędne, gdyż i bez nich wykona zamówienie. W tym wypadku zasób ten jest „niezbędny", gdyż taki był warunek powierzenia wykonawcy wykonania projektu. Zatem i zamówienie „niezbędnie" musi wykonać podmiot posiadający wymagane i określone w warunku doświadczenie. W innym przypadku nie można w ogóle mówić o realności dysponowania środkami, a jedynie o ich formalnym wykorzystaniu w postępowaniu wyłącznie w celu formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. To z kolei zostało wyraźnie wykluczone. Do tej kwestii odnosi się też „udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami" – czyli że będzie dysponował wymaganą wiedzą i doświadczeniem – czyli, że przedmiot zamówienia wykonana podmiot, który tę wiedzę i doświadczenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia deklarował, czyli podmiot trzeci, a nie jakikolwiek inny, włącznie z samym wykonawcą (nieposiadającym wymaganego doświadczenia).

Wyraz tego można odnaleźć m.in. w opinii Rzecznika Generalnego wyrażonej w przywołanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia X Polska Sp. z o.o. i X GmbH sprawie C-324/14 (oficjalnie dostępnej na stronie internetowej Trybunału), w której wskazano: „27. Niezależnie od tego, co zostało powiedziane w po-

przednich punktach, to na oferentach, którzy powołują się na zasoby innych podmiotów, ciąży wymóg dowiedzenia instytucji zamawiającej, że zasoby te rzeczywiście są im dostępne. Z tej perspektywy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 można postrzegać jako nakładający wymóg dowodowy, którego ocena jest pozostawiona instytucji zamawiającej. Zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47–52 dyrektywy 2004/18. Innymi słowy, jak podkreśliły na rozprawie instytucja zamawiająca i rząd polski, instytucja zamawiająca jest związana obowiązkiem zapewnienia, że wybrany oferent jest rzeczywiście zdolny do prawidłowego wykonania zamówienia. 28. Celem przepisów dyrektywy 2004/18 odnoszących się do udziału osób trzecich w realizacji zamówień publicznych jest uniknięcie sytuacji, w której przedsiębiorstwo byłoby uprawnione do przyznania mu zamówienia pomimo okoliczności, że nie posiada środków niezbędnych do wykonania zamówienia. Stąd art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wyklucza możliwość, by instytucja zamawiająca stosowała czysto formalne podejście do przedstawianego przez oferenta dowodu, stosownie do ciążących na niej obowiązków. Innymi słowy, nie jest dopuszczalne, by oferenci powoływali się na zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli ma to wyłącznie na celu formalne spełnienie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu przesłanki minimalnej zdolności."

33. Sygn. akt: KIO 2332/15, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r.

Słusznie odwołujący podniósł kwestię, że możliwość wzmocnienia wykonawcy w czynnościach wykazania doświadczenia i wiedzy może odnosić się do warunków podmiotowych to jest takich jakie mają spełniać wykonawcy, aby mogli złożyć ofertę gwarantując jej należyte wykonanie. Takimi warunkami są między innymi wymagania co do wykonanych w przeszłości robót budowlanych odpowiadających rodzajowi robót jakie wykonawca ma wykonać. Co do zasady to wykonawca powinien umieć wykonać przedmiot zamówienia wykazując się w tym celu stosownym doświadczeniem zawodowym. Łagodząc ten wymóg ustawodawca najpierw wprowadził konsorcja to jest wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie a następnie instytucję udostępniania zasobów przez podmioty trzecie. (...)

W przedmiotowej sprawie jak powyżej ustalono wykonawca wybrany spółka X sp. z o.o. posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie. Niemniej nawet w takich okolicznościach w ocenie Izby nie ma przeszkód, aby taki wykonawca uzupełnił swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji zamówienia, korzystając z doświadczenia innych podmiotów co ma miejsce w tym przypadku przez skorzystanie z cudzych zasobów to jest spółki Y Sp. z o.o. Jak wynika z oświadczenia tejże Spółki to jest z jej zobowiązania zamierza przede wszystkim udostępnić pracowników fizycznych do wykonania robót budowlanych, jak i pracowników inżynieryjnych sprawujących nadzór, wykorzystując posiadane certyfikaty do zarządzania jakością i bezpieczeństwem oraz higieną pracy. W ocenie Izby sytuacja taka może w świetle obowiązującego prawa wystąpić czyli udostępnienie pracowników oraz zapewnienie wykonywania przez nich prac zgodnie z reżimem narzuconym przez wymagane certyfikaty zarządzania jakością jak i bezpieczeństwem i higieną pracy. Niemniej taka okoliczność nie zwalnia wykonawcy, który składa ofertę w tym wypadku spółki X sp. z o.o. z obowiązku posiadania wyżej opisanych certyfikatów. (...)

W ocenie Izby wykonawca wybrany ma obowiązek przedstawić certyfikaty bez względu na to czy podmiot udostępniający takie certyfikaty posiada czy też ich nie posiada. Okoliczność, że podmiot udostępniający ma wymagane, opisane powyżej certyfikaty ISO 9000 i 18000 nie zwalnia wykonawcy wybranego to jest spółki X sp. z o.o. z posiadania tych certyfikatów. W ocenie Izby słuszna jest argumentacja odwołującego co do kwalifikacji certyfikatów ISO do dokumentów przedmiotowych, a nie podmiotowych, tym samym do dokumentów, które potwierdzają wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

34. Sygn. akt: KIO 2260/15, KIO 2261/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do tego, czy możliwe jest rzeczywiste przekazanie zasobu doświadczenia bez jednoczesnego udziału w realizacji części zamówienia. Przede wszystkim Izba ocenia czy inny sposób przekazania doświadczenia, np. przez udzielenia porad, konsultacji, doradztwa czy wydelegowania osób, które to sposoby najczęściej wskazywane są w zobowiązaniach innych podmiotów, w tym konkretnym przypadku można uznać za wystarczające *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane – przyp. red.]*. Dla zbadania tego konieczne jest wzięcie pod uwagę natury i cech przedmiotowego zamówienia, typu usług oraz uprzedniego doświadczenia samego wykonawcy. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji, instalacja, konfiguracja i wdrożenie systemu zarządzania aktami z efektem finalnym wdrożenia i produkcyjnego uruchomienia systemu RFID, szkolenie użytkowników i administratorów, dostawa komponentów sprzętowych, udzielenie gwarancji, usługi utrzymania i wsparcia systemu, dostawa materiałów promocyjnych, organizacja dwóch konferencji. Tym samym przedmiot zamówienia ma charakter mieszany jest to w przeważającej mierze usługa informatyczna instalacji, konfiguracji i wdrożenia systemu informatycznego oraz jego integracji z urządzeniami RFID oraz dostawy tych urządzeń, usługami dodatkowymi są szkolenia, usługi wsparcia i utrzymania oraz konferencje. Wiedzą powszechnie dostępną jest fakt, że przystępujący X Polska jest spółką branży informatycznej i jednocześnie jak wynika z przebiegu rozprawy w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu korzysta z doświadczenia innego podmiotu. Zamawiający wymagał doświadczenia związanego z systemami kodowania, identyfikacji i kontroli ruchu zarządzania dla obiektów papierowych, dokumentów z wykorzystaniem technologii znakowania dokumentów możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwiający identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu obejmujących co najmniej 100 000 obiektów papierowych. Tym samym dla zamawiającego kluczowe dla należytego wykonania zamówienia było wdrożenie i produkcyjne uruchomienie systemu RFID i w tym zakresie weryfikował doświadczenie. Z części jawnej oferty wynika, że przystępujący X nie jest producentem urządzeń, z którymi ma być zintegrowany system zarządzania aktami. Biorąc powyższe pod uwagę oraz opierając się na załączniku nr 8 do pisma z dnia 9 listopada 2015 r., tj. na zdaniu 2 akapitu 2 oraz pkt 2) tego oświadczenia Izba uznała, że wbrew stanowisku przystępującego X udostępniający jest przekonany o tym, że przystępujący posiada wystarczające doświadczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zatem udostępnienie to ma charakter formalny. Nadto w ocenie Izby udostępnienie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w tym konkretnym przypadku, kiedy przystępujący nie jest producentem urządzeń, ani nie wdrażał systemu RFID, nie może nastąpić realnie w inny sposób niż przez wykorzystanie zasobów podmiotu udostępniającego w bezpośredni sposób w celu należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że rację ma odwołujący Y, że nie doszło do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca X nie wykazał realnego udostępnienia zasobu doświadczenia. Niemniej jednak zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.],* w ocenie Izby jest przedwczesny, gdyż zamawiający nie wzywał tegoż wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie potwierdził się.

35. Sygn. akt: KIO 2679/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Przede wszystkim zgodzić należy się z Zamawiającym, że wykonawca udowodnił realność dysponowania środkami finansowymi w określonej wysokości. Oprócz samego wskazania wysokości kwoty w zaświadczeniu z banku podmiotu trzeciego o przysługującej podmiotowi

trzeciemu linii kredytowej i wysokości środków, w wyniku uzupełnienia złożono oświadczenie, że podmiot udostępniający zasoby odpowiadał będzie jako gwarant w ramach porozumienia gwarancyjnego, w wyniku zawarcia umowy o współpracę, która umożliwia Przystępującemu możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego lub finansowego w każdej sytuacji, gdy okaże się to niezbędne w czasie realizacji zamówienia. Odwołujący w treści odwołania zacytował jedynie mały fragment złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego. Pominął całkowicie najistotniejszy fragment odnoszący się do sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego oraz opisania na czym polegała będzie możliwość korzystania z danego zasobu przez Przystępującego. W ocenie Izby złożenie oświadczenia przez podmiot trzeci o przytoczonej treści wraz z odpowiednim zaświadczeniem z banku było wystarczające do udowodnienia, że wykonawca będzie mógł takimi środkami dysponować. Złożone przez podmiot trzeci zobowiązanie o udostępnieniu zasobów udowadnia i gwarantuje Wykonawcy, a tym samym Zamawiającemu dostępu do co najmniej minimalnej kwoty środków określonej ogłoszeniem i SIWZ, to brak było podstaw do uznania, że Wykonawca – Przystępujący nie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej zdolności finansowej. W sposób nie budzący wątpliwości w oświadczeniu (zobowiązaniu) określono możliwość wykorzystywania przedmiotowych zasobów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tak aby przy uwzględnieniu reguł wynikających z przepisów prawa i zapisów SIWZ nie było wątpliwości co do realności udostępnienia określonego zasobu. Podmiot trzeci w złożonym zobowiązaniu dosyć szczegółowo opisał zasady współpracy z wykonawcą, zasady te odnoszą się także do dysponowania linią kredytową. Na podstawie złożonego zobowiązania Zamawiający był w stanie ustalić w jaki sposób sfera finansowa kontraktu (np. w przypadku niedotrzymania zobowiązań przez podmiot trzeci) jest zabezpieczona. Co ważne, w zobowiązaniu określono wyraźnie solidarną odpowiedzialność podmiotu trzeciego z wykonawcą w przypadku nieudostępnienia zasobów, w tym także zasobów finansowych.

Art. 26 ust. 3
[aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a]

36. Sygn. akt: KIO 2023/15, Wyrok KIO z dnia 24 września 2015 r.

Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż w sprawie nie zachodziły przesłanki wyłączające zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy, wskazane w jego treści, tj. wystąpienie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, czy też unieważnienia postępowania. Do żadnej z tych okoliczności Zamawiający nie odnosił się w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W przypadku stwierdzenia w toku badania oferty, iż zachodzi podstawa do jej odrzucenia Zamawiający był zobowiązany do jej wskazania w informacji o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]*, co jednak nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Zamawiający w informacji z dnia 11 września 2015 r. wskazał wyłącznie na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którą to ocenę Zamawiający wywiódł z treści przedłożonych oświadczeń (wykazy) oraz dokumentów (referencje). W sprawie zasadniczo nie było spornym, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z okolicznościami wskazanymi w podstawie decyzji o wykluczeniu. Izba przyjęła tak jak Odwołujący, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy (przedwcześnie) zastosował sankcję wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, przyjmując za podstawę tego ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby nie obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, decyzja o wykluczeniu z postępowania znajdowałaby oparcie w treści przedłożonych w ofercie oświadczeń i dokumentów, które nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istota uchybienia Zamawia-

jącego sprowadzała się w niniejszej sprawie do stwierdzenia, iż nie było możliwym wezwanie do uzupełnienia złożonych dokumentów, które nie zawierały błędów, a potwierdzały jednoznacznie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Izba przychyla się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, iż za brak dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy należy uznać nie tylko sytuację, w której dokumenty wymagane w ogóle nie zostają złożone, ale również takie sytuacje, kiedy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W obu przypadkach prowadzi to bowiem do ustalenia, iż wykonawca nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, dyskryminującym byłoby umożliwienie wykonawcy, który w ogóle nie złożył dokumentów ich uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy i odmówienie takiej możliwości wykonawcy, który wprawdzie złożył dokumenty, lecz nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Prowadziłoby to do faworyzowania tych wykonawców, którzy w mniejszym stopniu dochowują staranności w przygotowaniu oferty (nie składają wymaganych dokumentów), co nie da się pogodzić z generalną zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy i może prowadzić do celowego unikania składania dokumentów, tak aby mieć możliwość ich uzupełnienia w toku postępowania. Jedynie wystąpienie okoliczności wskazanych wprost w przepisie art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania, zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

37. Sygn. akt: KIO 2278/15, Wyrok KIO z dnia 29 października 2015 r.

Skoro w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie wskazano, jakiego dokumentu brakuje, i dopiero w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wskazał na rodzaj dokumentu, który powinien być uzupełniony, to załączenie oczekiwanego dokumentu do wyjaśnień należy uznać za wystarczające. Nadmiernym formalizmem w takich okolicznościach byłoby nakazywanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentu, który już znajduje się w jego posiadaniu. Rzeczywiście ocena prawna „samonaprawy" przez wykonawcę wniosku (czy oferty) może budzić kontrowersje, jednak w ocenie składu w niniejszym postępowaniu przedstawienie Zamawiającemu oczekiwanego dokumentu nastąpiło na skutek wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, zatem w ramach procedury przewidzianej przepisami Prawa zamówień publicznych. Chociaż przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych stanowią postawy do odrębnych czynności (odpowiednio – uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień), czasami w praktyce może się okazać, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych satysfakcjonujące są wyjaśnienia, a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych konieczne stanie się złożenie dokumentów. Logiczna odpowiedź na wezwanie Zamawiającego nie może zostać zdeprecjonowana tylko z tego powodu.

38. Sygn. akt: KIO 2251/15, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2015 r.

Jednocześnie Izba stwierdza, że skoro zamawiający już raz wezwał wykonawcę (obecnego odwołującego) do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp to w tym samym zakresie nie mógł już tego uczynić powtórnie. Wynika to z charakteru przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który jest wyjątkiem w stosunku do art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, który to przepis brzmi »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Wobec tego nie można wymagać od zamawiającego, aby stosował on wyjątkową regulację z art. 26 ust. 3 Pzp więcej niż raz do tego samego uchybienia znajdującego się w ofercie. Z tego względu wykonawca musi do wezwania o uzupełnienie dokumentów w określonym zakresie podejść z należytą starannością i uzupełnić dokumenty w zakresie

wynikającym z wezwania o uzupełnienie dokumentów, ale także w zakresie wynikającym ze specyfikacji i przepisów powszechnie obowiązujących [ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)].

39. Sygn. akt: KIO 2303/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. [*powinno być: 6 listopada 2015 r. – przyp. red.*]

Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest stwierdzenie, że wezwanie do uzupełnienia danego dokumentu w postępowaniu o zamówienie publiczne nie powinno mieć postaci wydobywania od wykonawcy dokumentów i oświadczeń przy jego pasywnej i bezczynnej postawie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu nie sposób było również uznać, że wykonawca winien być ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy. (...)

Nie mógł również być uwzględniony postawiony w odwołaniu i eksponowany na rozprawie postulat wystąpienia przez Zamawiającego do wystawcy poświadczenia z zapytaniem o zakres świadczonych dostaw i usług, a także o sposób ich wykonania. Powyższy wniosek – mimo że Odwołujący nie powoływał się na konkretną jego podstawę prawną – osadzony jest w brzmieniu § 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, zgodnie z którym w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, potwierdzające należyte wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych 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.

Powtórzenia jednak wymaga, że pozytywne stwierdzenie o spełnieniu przez wykonawcę postawionego warunku udziału w postępowaniu winno wynikać z aktywności wykonawcy, którego obowiązkiem jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych] a nie działań samego zamawiającego, który miałby zastępować wykonawcę w sprostaniu zadaniu wykazania sytuacji podmiotowej, dokładając za niego starań [przykładowo, występując do odbiorcy zadania] w celu pozytywnego przesądzenia tego, czego wykonawca nie zdołał wykazać złożonymi wraz z ofertą a następnie w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentami. Przywołany przepis § 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 ma przy tym zastosowanie do sytuacji, gdy złożone dokumenty, mimo ich formalnej poprawności budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie. Z jego istoty nie służy on zatem naprawie dostrzeżonych niedoskonałości złożonych dokumentów, ale przeciwnie – jego celem jest wyeliminowanie wątpliwości jawiących się na tle poprawnych w swej treści dokumentów, jeśli mimo to zamawiający ma podstawy do powzięcia wątpliwości, czy stan rzeczy jest taki, jak zaprezentowany w dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Z tej perspektywy nie jest to więc przepis służący do pozytywnej weryfikacji spełnienia przez danego wykonawcę postawionych warunków udziału w postępowaniu, którego celem miałoby być przewidzenie dodatkowej ścieżki umożliwienia stwierdzenia spełnienia tego warunku lecz zmierza on do dokonania ustaleń obok lub wbrew złożonym przez wykonawcę dokumentom i oświadczeniom i przeciwko nim.

40. Sygn. akt: KIO 2336/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp statuuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oraz pełnomocnictw (tak m.in. SO w Katowicach w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13). Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Dalej wskazać należy, że zamawiający może żądać uzupełnienia tych samych dokumentu tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak m.in. wyr. KIO 410/12, KIO 424/12, KIO 2458/13). Umożliwienie zamawiającemu wielokrotnie zwracania się do wykonawców o uzupełnienie tych samych dokumentów stanowiłoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić jednocześnie należy, że mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. Oczywistym jest, że błędy ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenia mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie. (...)

W okolicznościach niniejszej sprawy niezłożenie wraz z ofertą przez Odwołującego żadnej wymaganej dokumentacji techniczno-technologicznej dla koszul z długimi i krótkimi rękawami w kolorze granatowym spowodowało, że Odwołujący nie mógł już popełnić błędu w potwierdzeniu parametrów techniczno-technologicznych oferowanych produktów. Jak się okazało, miało to zasadnicze znaczenie, gdyż Odwołujący nie był w stanie tego uczynić, składając wadliwe dokumenty, z błędami, które to błędy nie mogły zostać już uzupełnione, z uwagi na zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia tych samych dokumentów. W ocenie Izby Odwołujący błędnie uważa, że treść wezwania miała charakter ogólny, a w związku z tym możliwe byłoby ponownego wezwanie Odwołującego do przedłożenia prawidłowej dokumentacji techniczno-technologicznej. Odwołujący pomija okoliczność, że brak załączenia w ogóle do oferty dokumentacji techniczno-technologicznej pozbawiło się możliwości skorygowania błędu zawartego w uzupełnionej dokumentacji. Ponowne wezwanie Zamawiającego dotyczyłoby bowiem tego samego dokumentu przedmiotowego, co uznać należy za niedopuszczalne.

Art. 29 ust. 1

41. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r.

Słusznie Odwołujący wskazywał, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można zastępować wizją lokalną. Wizja lokalna może co najwyżej mieć charakter pomocniczy dla wykonawców, którzy na tej podstawie mogą samodzielnie ustalić stan techniczny urządzeń, jakie zostaną przekazane po podpisaniu umowy. Obowiązkiem Zamawiającego jest udostępnienie informacji niezbędnej dla ustalenia zakresu świadczenia leżącego po jego stronie – tj. wskazania jakie urządzenia przekaże wykonawcy, który będzie realizował usługę. Inną kwestią jest ocena potrzeb wykonawcy, która nie obciąża Zamawiającego, ale aby ta ocena mogła być przeprowadzona, wykonawca musi wiedzieć co zostanie mu przekazane. Jest to informacja istotna, gdyż na tej podstawie wykonawcy mogą oszacować koszty dodatkowe związane z doposażeniem kuchni. Przeniesienie na wykonawców obowiązku ustalenia stanu wyposażenia kuchni oraz zaplecza stoi w rażącej sprzeczności z obowiązkiem precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest tylko świadczenie usługi żywienia, ale również przyjęcie przez wykonawcę obowiązku doposażenia kuchni w stopniu koniecznym do należytego wykonania świadczenia zasadniczego. Opisu nie można utożsamiać ze wskazaniem na możliwość zapoznania się z wyposażeniem na miejscu u Zamawiającego. Nie jest to po pierwsze opis przedmiotu zamówienia, a po drugie może to utrudnić znacząco części wykonawcom (nie mającym siedziby na obszarze W.) właściwe przygotowanie oferty, prowadząc do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien sporządzić co najmniej wykaz urządzeń, które posiada z informacją o tym, czy są one sprawne technicznie i uzupełnić o te informacje opis przedmiotu zamówienia. Brak dokumentacji technicznej nie stanowi uzasadnienia dla odstąpienia od wskazania rodzaju urządzeń z jakich obecnie korzysta Zamawiający.

Art. 34 ust. 5

42. Sygn. akt: KIO 2311/15, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r.

Izba wskazuje, że w ustawie Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp.) nie jest wprost zdefiniowane co należy rozumieć przez „prawo opcji" i w jakim zakresie, w jakich okolicznościach może występować w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej ustawa Pzp. takie prawo wymienia i to w przywoływanym oraz cytowanym powyżej przepisie art. 34 ust. 5 tejże ustawy. Sam przepis art. 34 ust. 5 ustawy Pzp. znajduje się w części ustawy Pzp. mającej na celu regulację etapu przygotowania postępowania to jest w rozdziale 2, które regulują takie między innymi zagadnienia jak: sposób opisania przedmiotu zamówienia (art. 29 ustawy Pzp.), zasady ustalania wartości zamówienia w tym dynamicznego systemu zakupów oraz wartości umowy ramowej (art. 32 ustawy Pzp.), wartości zamówienia na roboty budowlane (art. 33 ustawy Pzp.) oraz wartości zamówienia na usługi i dostawy powtarzające się okresowo (art. 34 ustawy Pzp.). W ocenie Izby skoro nie ma ustawowej definicji prawa opcji to należy posłużyć się definicją potoczną, zwyczajową,(...).

Zdefiniowane powyżej słowo opcja zostało użyte jako prawo opcji w art. 34 ust. 5 w polskiej ustawie Prawo zamówień publicznych, jak również w Dyrektywie 2004/18WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dyrektywa klasyczna). Artykuł 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej Metody obliczania szacunkowych wartości zamówień publicznych, umów ramowych oraz dynamicznego systemu zakupów brzmi: „1. Podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. W obliczeniu takim uwzględnia się cał-

kowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia" *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 5 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. – przyp. red.].* (…)

Polski ustawodawca dokonując implementacji prawa opcji przyjął taką samą metodę szczątkowej regulacji zagadnienia prawa opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, że na przestrzeni lat w tej instytucji nie dokonano żadnych zmian aktualny jest urzędowy komentarz jaki ukazał się od początku obowiązywania przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp. Tym komentarzem jest Prawo Zamówień Publicznych Komentarz wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2007. Na jego stronie 166 znajduje się „Przepis ust. 5 dotyczy ustalenia wartości zamówienia, w sytuacji gdy zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji. Opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. W przypadku zamówień publicznych chodzi np.: o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu po leasingu, przy czym zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem, a w drugim leasing rzeczy ruchomej. Podstawę ustalenia wartości zamówienia jest największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Przewidziane prawo opcji trzeba przy tym rozróżniać od zamówienia uzupełniającego." Powyższa cytowana definicja prawa opcji jest najbliżej i najwierniejsza słownikowemu znaczeniu słowa „opcja". Charakterystycznym i decydującym o jego znaczeniu elementem tej definicji jest to, że świadczenie objęte prawem opcji nie jest tożsame z świadczeniem podstawowym zobowiązania wykonawcy. Przy czym funkcjonują w obrocie prawnym również odmienne komentarze słowa „prawo opcji", które dopuszczają w ramach tej instytucji poprzez rozszerzenie jej definiowania jako możliwość również zmianę wolumenu zamówienia poprzez zwiększenie jego ilości czy też przedłużenie czasu trwania umowy najmu a decyzja w tym zakresie pozostaje w sferze decyzyjnej wyłącznie zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający chcąc skorzystać z prawa opcji może to uczynić poprzez rozszerzenie zamówienia o konkretny przedmiot ale nietożsamym z przedmiotem zamówienia niemniej związany z zamówieniem podstawowym. W innym przypadku w ocenie Izby skorzystanie z prawa opcji stanowi obejście przepisów prawa zamówień publicznych a co ma miejsce w sytuacji rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba nie podziela stanowiska zamawiającego o możliwości rozszerzenia jak również zawężenia ilości zamawianych reduktorów w poszczególnych częściach zamówienia. Przyjmując teoretycznie za akceptowalne stanowisko o możliwości na podstawie art. 34 ust. 5 ustawy Pzp. zmiany ilości zamawianych przedmiotów tożsamych do zamówienia podstawowego to treść tego przepisu mówi o „największym możliwym zakresie tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji przy ustaleniu wartości zamówienia" i nie przewiduje możliwości zmniejszenia wartości zamówienia wskutek stosowania prawa opcji.

Art. 38 ust. 1

43. Sygn. akt: KIO 2540/15, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2015 r.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający udzielił wyjaśnień do treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp. Z przepisu tego wynika, że cyt. »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie [...] pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert«. Zamawiający udzielił wyjaśnień na konkretne zwrócenie się o wyjaśnienia. I tak należy odczytywać te wyjaśnienia.

Żądanie wyjaśnień dotyczyło potwierdzenia, że cyt. »w konsekwencji uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinwentaryzowanej infrastruktury lub instalacji, zamawiający pokryje udokumentowane koszty związane z takimi zdarzeniami wobec niemożliwości ich przewidzenia przez wykonawcę«.

Z wyjaśnień wynika, że zamawiający odmówił oddzielnego finansowania takich zdarzeń. Z wyjaśnień jednoznacznie wynika, że zamawiający cyt. »nie będzie ponosił kosztów wynikających z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinwentaryzowanej infrastruktury lub instalacji« [podkreślenie Izby]. Izba podkreśla, że przytaczane wyjaśnienia nie wprowadzają do specyfikacji żadnych nowych postanowień, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że zamawiający zmienia reguły płatności. W dalszym ciągu za wszystko ponosi koszty i ryzyko wykonawca, natomiast zamawiający finansuje tę inwestycję tylko do poziomu ceny ryczałtowej, którą wykonawcy zaproponują w ofercie.

W związku z tym nie został naruszony art. 38 ust. 1 Pzp, a także odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Izba stwierdza, że wyjaśnienia są jednoznaczne na postawiony problem w pytaniu nr 4 (zwróceniu się o udzielenie wyjaśnień). W związku z tym Izba nie może przychylić się do stanowiska odwołującego i oddala odwołanie w całości.

Art. 46 ust. 1

44. Sygn. akt: KIO 2028/15, Wyrok KIO z dnia 28 września 2015 r.

Izba podkreśla, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje utrzymywania zabezpieczenia wadialnego w sytuacji, w której oferta danego wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zabezpieczenie wadialne musi być utrzymywane tylko w przypadku wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co jest zgodne z celem wadium jakim jest zabezpieczenie interesów zamawiającego związanych z zawarciem umowy z wybranym przez niego wykonawcą. Z treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, ma obowiązek zwrócić wadium wszystkim wykonawcom, za wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Kwestię zabezpieczenia wadialnego oferty, która została następnie wybrana w wyniku wniesionego odwołania, reguluje przepis art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu wadium zwrócono, dopiero wówczas, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Art. 46 ust. 3

45. Sygn. akt: KIO 2644/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie pkt 9.1 Instrukcji dla wykonawców postanowił, że oferty winny być złożone w terminie do 22.07.2015 r. do godz. 11:00 w siedzibie Zamawiającego, pok. 03. Izba stwierdziła również, że Odwołujący przed upływem terminu składania ofert przedmiotową ofertę złożył oświadczając w pkt8, iż uważa się za związanego niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, tj. przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert. Jednocześnie do oferty dołączył dowód wniesienia wadium w wysokości 16 700 zł wniesionego przed upływem terminu składania ofert. Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 23 października 2015 r. w niniejszym

postępowaniu dokonał pierwszego wyboru oferty spośród dwóch ofert nieodrzuconych, w tym oferty Odwołującego, w postaci oferty X Sp. z o.o. z siedzibą w G., jako najkorzystniejszej. Jednocześnie w tej samej dacie Zamawiający dokonał zwrotu wadium ze skutkiem prawnym w dniu 30 października 2015 r.(data wpływu środków pieniężnych z tytułu zwrotu wadium). Izba stwierdziła również, że w piśmie z dnia 2 listopada 2015 r. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, a w dniu 24 listopada 2015 r. dokonał ponownej wpłaty wadium. Następnie Izba stwierdziła, że w dniu 26 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 października 2015 roku oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – w związku z brakiem ważnych ofert. Jednocześnie, Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował o wykluczeniu Wykonawcy Y (oferta nr 4), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. cyt.: „Z postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego wyklucza się Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium (...) na przedłużony okres związania ofertą (...)" (wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały odrzucone lub uznane za odrzucone, w tym oferta X Sp. z o.o). Zamawiający swą decyzję oparł na twierdzeniu, iż zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił wykonawcy wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej – wykonanie operacji bankowej w dniu 30.10.2015 r. Izba stwierdziła również, że Zamawiający argumentował, iż wykonawca dokonał ponownej wpłaty wadium na rachunek bankowy Zamawiającego – data zaksięgowania na rachunku bankowym – 24 listopada 2015 roku, co oznacza dla Zamawiającego, że oferta nie była zabezpieczona wadium od dnia 30.10.2015 roku do dnia 24.11.2015 roku. Zdaniem Zamawiającego zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp żąda on ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, tylko w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. W związku z wykluczeniem Odwołującego ofertę uznano za odrzuconą. Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba doszła do przekonania, że stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie mieści się w granicach prawa. Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jednocześnie w myśl przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Poza tym Izba zważyła, że stosownie do przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Według zapatrywania Izby stan faktyczno-prawny rozstrzyganej sprawy nie miał charakteru typowego, zatem wymagał on dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Z zestawienia powołanych wyższej przepisów prawa wynika – zdaniem Izby – konieczność przyjęcia wykładni *per analogiam* wyprowadzonej z przepisów art. 45 ust. 1, art. 46 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem ustawodawca nie przewidział *expressis verbis* zachowania Zamawiającego i wykonawców w stosunku do instytucji wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, w warunkach zwrotu jego wadium. Izba stanęła na stanowisku, że w takim przypadku Zamawiający zwracając wadium będzie zobowiązany do ponownego żądania wniesienia wadium, jeżeli będzie nadal prowadził przetarg zmierzając do wyboru najkorzystniejszej oferty nowego wykonawcy. Dokonując dalszej analizy omawianego przypadku, wymaga również wskazania na tle przedmiotowej sprawy, że normodawca w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przewidział dwie sytuacje prawne. Pierwsza dotyczy okresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, gdzie przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu waż-

ności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Druga sytuacja dotyczy okresu po wyborze najkorzystniejszej ofert, gdzie jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Po przeanalizowaniu powołanego wyżej przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp Izba reprezentuje pogląd, że w rozpoznawanej sprawie ma on zastosowanie w zakresie zd. 2 odnoszącego się do przedłużenia terminu związania ofertą dokonywanego po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Art. 51

46. Sygn. akt: KIO 2652/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty i uznając ich zasadność, Izba ustaliła, że stosownie do postanowień Sekcji IV.1.2. Ogłoszenia o zamówieniu: „Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do złożenia oferty 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ilość punktów wg następujących zasad: 1) doświadczenie i wiedza: a) budowa basenu o wymiarach min. 25 x 12,5 m; b) budowa parkingu wielopoziomowego (min. 2 poziomy); c) budowa/przebudowa kubaturowego obiektu użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 mln PLN brutto – wymagany zakres prac w ramach realizacji to roboty budowlane konstrukcyjne i wykończeniowe, instalacje wod.-kan., centralnego ogrzewania i wentylacji, instalacje elektryczne i teletechniczne, zagospodarowanie terenu; d) budowa centrum konferencyjnego z zapleczem biurowym i socjalno-sanitarnym na min. 500 osób; e) budowa hali sportowej z zapleczem socjalnym o powierzchni boiska min. 800 m^2 z widownią na min. 200 osób; f) przebudowa lub budowa sieci hydrantowej-przeciwpożarowej, wodociągowo-kanalizacyjnej, centralnego ogrzewania o wartości co najmniej 10 mln zł brutto; g) przebudowa lub budowa sieci energetycznej o wartości robót co najmniej 5 mln brutto; h) przebudowa lub budowa sieci teletechnicznej o wartości robót co najmniej 2 mln brutto; i) wykonanie robót budowlanych na czynnym kompleksie wojskowym o wartości co najmniej 4 mln brutto. Wykonawca otrzyma za każde z ww. zamówień: od punktu a) do punktu f) po 2 punkty, jednak nie więcej niż 12 punktów; od punktu g) do punktu – i) po 1 punkcie, jednak nie więcej niż 3 punktów. Za każde zadanie wykonane w formule „zaprojektuj i wybuduj" Wykonawca otrzyma dodatkowo 1 punkt – dotyczy zadań z punktów od punktu a) do punktu f), jednak nie więcej niż 6 punktów. UWAGA: W przypadku wykazane przez wykonawcę tego samego doświadczenia dla różnych punktów ww. kryteriów (od ppkt a) do i), będzie ono liczone, jako doświadczenie tylko dla pierwszego z nich. Wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączy wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie Wykonawca jest zobowiązany podać wartości robót budowlanych dla wszystkich wskazanych przez siebie inwestycji, zgodnie z punktem III.1); 2] potencjał techniczny: Posiadanie przez Wykonawcę Certyfikatów AQAP 2110:2009 lub ISO 9001 Wykonawca, który wykaże posiadanie któregokolwiek z powyższych certyfikatów otrzyma 3 punkty, jednak nie więcej niż 6 punktów. Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do wniosku kserokopii ww. certyfikatów". Ponadto zgodnie ze wskazanym postanowieniem: „W przypadku, gdy dwóch lub więcej wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów i zajmą ostatnie równorzędne miejsce, a liczba wykonawców przekroczy liczbę 5, o miejscu w klasyfikacji decydować będzie łączna wartość zrealizowanych inwestycji wskazanych w pkt III.1, którym w toku oceny zostały przyznane punkty (były punktowane przez Zamawiającego)".

W ocenie Izby z brzmienia spornego postanowienia Sekcji IV.1.2 Ogłoszenia niewątpliwie wynika, że w ramach przyjętych kryteriów kwalifikacji wykonawców możliwe było uzyskanie maksymalnie 27 punktów. Tak jak wskazywał Odwołujący na powyższy wynik składa się:

maksymalna liczba 12 punktów za wykazane zamówienia dotyczące kategorii obiektów określonych w pkt 1 lit. a)–f), maksymalna liczba 3 punktów za wykazane zamówienia dotyczące kategorii obiektów określonych w pkt 1 lit g)–i), maksymalna liczba 6 punktów za zadania wykonane w formule „zaprojektuj i wybuduj" oraz maksymalna liczba 6 punktów za posiadane certyfikaty, o których mowa w pkt 2 cytowanego fragmentu. W świetle przytoczonych postanowień ogłoszenia nie było zatem możliwości przyznania wykonawcom większej liczby punktów niż 27. Tym samym Zamawiający, przyznając wykonawcom zakwalifikowanym do składania ofert większą liczbę punktów, naruszył postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie Sekcji IV.1.2, albowiem przyjęte zasady oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odbiegały w sposób istotny od reguł określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Sporne postanowienie nie pozwala na inną interpretację, jest jednoznaczne w swej treści i z tego też względu dowody powoływane w toku rozprawy przez Przystępującego X zostały pominięte.

Art. 82 ust. 3

47. Sygn. akt: KIO 2408/15, KIO 2511/15, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r.

Podanie oferowanego modelu urządzenia, marki wyrobu, producenta, numeru katalogowego stanowi sedno oferty wykonawcy. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ilości, ceny, jakości, cech technicznych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli (zobowiązania wykonawcy) z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich potrzeb, opisanych postanowieniami SIWZ.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei z mocy art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dane dotyczące marki, modelu, producenta, numeru karty katalogowej przynależą do treści oferty – pozwalają bowiem na jednoznaczną identyfikację oferowanego wyrobu na etapie oceny ofert i weryfikację jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. W innym przypadku wykonawca mógłby w trakcie realizacji umowy dostarczyć wyrób o parametrach innych niż podane w dokumentacji technicznej, niezapewniających prawidłowego działania przedmiotu zamówienia.

Oferta winna spełniać zatem dyspozycję normy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, która nakazuje aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Oferta, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, powinna być zupełna i kompletna, gdyż oferowane dostawy i usługi powinny być objęte jednoznacznym zobowiązaniem wykonawcy, wyrażonym tak, aby spełniały wyznaczone parametry.

Postanowienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabraniają zmiany treści oferty i dokonywania jej jakichkolwiek uzupełnień, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, stanowiąc, że

w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Niewątpliwie wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany zobowiązania podjętego w ofercie.

Art. 87 ust. 1

48. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r.

Rozważając zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp należy mieć na uwadze ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalanie właściwości oferowanego świadczenia w sposób oderwany od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie. Wszczynanie procedury wyjaśnień należy wykluczyć również w sytuacji, w której treść oferty pozbawiona jest wewnętrznych sprzeczności, a wskazuje po prostu na niespełnianie wymagań zamawiającego. Z kolei dopuszczalna ingerencja w treść oferty ograniczona została do możliwości poprawienia omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp, które ogólnie można określić mianem niezamierzonych niedokładności. Wynika z tego, że nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu, czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Jakkolwiek Izba zgadza się z poglądem, że stosowanie instrumentów, o których mowa w przepisie art. 87 Pzp nie może być rozpatrywane li tylko w charakterze uprawnienia, ale również obowiązku, tym niemniej absolutyzowanie konieczności wdrażania opisanych w nim procedur stoi w sprzeczności ze statusem profesjonalisty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie jest również, w ocenie składu orzekającego, trafne posługiwanie się argumentem, że o zgodności treści oferty z SIWZ przesądzać ma złożenie ogólnego oświadczenia o zapoznaniu się i zaakceptowaniu wymagań zamawiającego i zaoferowaniu świadczenia odpowiadającego tym wymaganiom. O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczącej jej treści. Gdyby przyjąć pogląd przeciwny to treść oferty można byłoby sprowadzić zasadniczo do posłużenia się ogólnikowymi formułkami zwyczajowo zamieszczanymi przez zamawiających we wzorach formularzy ofert, a istnienie procedur wynikających chociażby z przepisu art. 87 Pzp pozbawione byłoby racji bytu. Oświadczenia takie mogą nabrać większego znaczenia w sytuacjach, w których opis przedmiotu zamówienia nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania.

49. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

(...) Zamawiający nie mógł zastosować trybu wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Treść oferty Odwołującego w zakresie stwierdzonych niezgodności z treścią SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości. Nie ma żadnej przesłanki do przyjęcia, że w tym miejscu wystąpiły omyłki. Tym bardziej nie jest słuszne twierdzenie, że ww. omyłki są do zauważenia „na pierwszy rzut oka". Niezgodność co do treści oferty w zakresie ceny za Fazę nr 2 zamówienia może być stwierdzona dopiero po wykonaniu odpowiedniego działania matematycznego. Natomiast, co do parametru technicznego, wynika ona z treści oferty, która została dodana przez wykonawcę samodzielnie – w zakresie, który nie był wymagany przez Zamawiającego.

Wobec braku wątpliwości co do treści oferty w omawianym zakresie Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Treść oferty w omawianym zakresie jest konkretna i jednoznaczna. Oferta nie zawiera żadnych dodatkowych danych, które wskazywałyby na to, że w ofercie występują sprzeczne ze sobą informacje, co do wyso-

kości ceny za Fazę nr 2 lub co do oferowanego przez wykonawcę „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń", co mogłoby uzasadniać wezwanie do wyjaśnienia w celu ustalenia jednoznacznej treści oferty. Podkreślić należy, że nie mogą być tu brane pod uwagę jedynie ogóle oświadczenia o zgodności oferty z treścią SIWZ, niejako automatycznie składane przez wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Wyjaśnienie treści oferty w tym przypadku w zakresie obu niezgodności musiałoby prowadzić ostatecznie do zmiany oświadczenia złożonego przez Odwołującego pierwotnie w ofercie, co jest sprzeczne z celem art. 87 ust. 1 Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 1

50. Sygn. akt: KIO 2632/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez przystępującego na rozprawie, iż w niniejszej sprawie wystąpiła oczywista omyłka pisarska dająca się, samodzielnie przez zamawiającego, poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzić bowiem należało, że przystępujący w sposób jednoznaczny i kategoryczny podał w swojej ofercie modele telefonów. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wymagał załączania żadnych dodatkowych ulotek czy katalogów odnoszących się do oferowanych telefonów. Zatem całkowitą odpowiedzialność za prawidłowość złożonej oferty ponosił wykonawca. Z treści złożonej przez przystępującego oferty, nie sposób w żaden sposób wywieść okoliczności, na które powoływał się przystępujący na rozprawie. Izba, a co za tym i zamawiający, nie mogła bowiem z podanego przez przystępującego w ofercie modelu telefonu – X G4 H815 LTE Dual sim – wysnuć wniosku, że w określeniu tym kryją się dwa modele telefonu, a mianowicie 1) X G4 Dual Sim oraz 2) X G4 H815 i że przystępujący popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na nie umieszczeniu w odpowiednim miejscu znaku interpunkcyjnego. Nawet jeżeliby przyjąć tę argumentację przystępującego (z czym Izba się nie zgadza) to niemożliwym jest uzyskanie stanu, gdzie z określenia X G4 H815 LTE Dual sim uzyskamy dwa oddzielne oznaczenia modelu X G4 Dual Sim oraz X G4 H815, jest to bowiem technicznie niemożliwe.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić dalej należy, że zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie ustalić definitywnie przedmiotu oferty przystępującego. Dlatego też zasadnym jest przyjęcie ustalenia, że oferta przystępującego jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., gdyż nie zawiera w swojej merytorycznej części modelu telefonu, który spełniłby oczekiwania zamawiającego, stawiane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmienne stanowisko prowadziłoby do konstatacji, że zamawiający zmuszony byłby *de facto* do prowadzenia negocjacji z wykonawcą, co do ostatecznego kształtu przedmiotu oferty, a powyższa okoliczność wykluczona została przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, iż przystępujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, specjalizujący się w takiego rodzaju zamówieniach, jakie są przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien dołożyć należytej staranności przy konstruowaniu swojej oferty. Nie sposób bowiem uznać, iż profesjonalizm taki występuje w przypadku, gdy przy obowiązku podania dwóch modeli telefonów o określonej funkcjonalności, wykonawca nie potrafi w sposób prawidłowy i jednoznaczny opisać produktu, którym handluje i który sprzedaje.

Powyższa argumentacja odnosi się tożsamo do modelu telefonu z kategorii II, gdzie przystępujący w swojej ofercie podając nazwę Y Honor P8 Lite LTE Dual sim, na rozprawie próbował udowodnić, że są to dwa oddzielne modele telefonów: 1) Y P8 Lite Dual Sim i 2) Y 4X LTE Dual Sim, a błąd wynikał w faktu, iż zastała oczywista omyłka pisarska polegająca na zaniechaniu użycia znaku interpunkcyjnego. Również w tym przypadku Izba nie wie, w jaki to sposób użycie znaku interpunkcyjnego potrafiłoby zmienić nazwę Y Honor P8 Lite LTE Dual sim na dwa inne modele: pierwszy – Y P8 Lite Dual Sim i drugi – Honor 4X LTE Dual Sim.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przystępujący wpisując do swojej oferty modele telefonów, które nie istnieją, nie zaoferował zamawiającemu przedmiotu, który mógłby następnie stanowić *essentialia negotii* przyszłej umowy, a błąd powyższy nie podlegał dyspozycji z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż uchybienie powyższe nie stanowiło oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie mógłby bowiem poprawić treści oferty przystępującego, ze względu na dualizm możliwości. Taki dualizm bowiem mógłby prowadzić do sytuacji negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą bądź też prowadziłby do kształtowania treści oferty przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Taka sytuacja nie została objęta możliwością sanacji, w ramach przepisów ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

51. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r.

W zakresie innej omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba wskazuje, że może być pozbawiona przymiotu oczywistości. Nie jest zatem wykluczone poprzedzenie jej poprawienia wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp), z zastrzeżeniem zakazu prowadzenia w toku postępowania wyjaśniającego negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, mających za przedmiot złożoną ofertę, o czym stanowi przepis art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp. Zamawiający powinien w ten sposób ustalić, po pierwsze, czy dostrzeżona niezgodność treści oferty wezwanego wykonawcy z treścią SIWZ ma w ogóle charakter omyłki, czy też nieusuwalnego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp merytorycznego błędu. Po drugie – złożone wyjaśnienia mają upewnić zamawiającego co do prawidłowości ustalonego przezeń sposobu poprawienia stwierdzonej omyłki, względnie wskazać mu właściwy, w ocenie wykonawcy, sposób dokonania tej czynności (a jednocześnie – pozwolić na ocenę, czy nie spowoduje ona istotnej zmiany treści oferty), bowiem, jak wspomniano, inna omyłka nie musi mieć – w przeciwieństwie do omyłek pisarskich i rachunkowych – oczywistego charakteru.

52. Sygn. akt: KIO 2228/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r.

Izba w tym zakresie, mając na względzie dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonała oceny, czy wskazana niezgodność nie jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i doszła do przekonania, że takie poprawienie oferty Odwołującego byłoby nieuprawione. W tym zakresie wymagane byłoby bowiem złożenie samodzielnie przez Zamawiającego oświadczenia woli za wykonawcę co do wyceny czasu za dyżur, bądź też nowej wyceny usług objętych asortymentem „k". Takie działanie Zamawiającego byłoby nieuprawione w świetle przepisów ustawy Pzp, a także orzecznictwa dotyczącego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, co do jego ceny ofertowej i tym samym naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego.

53. Sygn. akt: KIO 2336/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego o możliwości poprawienia oferty z powodu zaistniałych niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołującego usiłuje skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i jednocześnie dokonać korekty złożonej oferty w trybie art. 87 ustawy Pzp. Odwołujący próbuje więc zakwalifikować dokumentację techniczno-technologiczną dwutorowo, przyjmując korzystną dla siebie kwalifikację prawną. Działanie takie uznać należy za niedozwolone. Wskazać należy, że dokumenty, których Odwołujący nie złożył wraz z ofertą uznawane były za dokumenty przedmiotowe mające potwierdzać, iż oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego. Dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdziły wymagań Zamawiającego i brak było pod-

staw do ich dalszego uzupełniania. Nawet gdyby przyjąć, iż uzupełnione dokumenty określają przedmiot świadczenia wykonawcy i winny być traktowane jako część jego oferty i podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zmiany treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro bowiem dokumentacja techniczno-technologiczna nie była złożona wraz z pierwotną ofertą Odwołującego, oznacza to, że Odwołujący nie sprecyzował co jest przedmiotem jego oferty. Uzupełnienie tych dokumentów w trybie wyjaśnienia treści oferty czy poprzez uzupełnienie dokumentów przedmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznać należy za niedopuszczalne. Po pierwsze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do obejścia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (co miałoby miejsca przyjmując argumentację Odwołującego za zasadną). Po drugie uzupełniona dokumentacja techniczno-technologiczna dotyczy istotnych elementów oferty i brak byłoby podstaw do poprawienia oferty w tak szerokim zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

54. Sygn. akt: KIO 2589/15, KIO 2596/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawie podlegają niezgodności treści oferty z SIWZ stanowiące omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty w okolicznościach danej sprawy. Omyłka nie musi być oczywista, ale nie może wynikać z celowego działania wykonawcy. Fakt, że wykonawca świadomie sformułował treść oferty w określonym zakresie dyskwalifikuje możliwość uznanie niezgodności za będącą wynikiem omyłki. Dokonanie poprawy omyłki musi być możliwe bez udziału wykonawcy, zatem sposób doprowadzenia treści oferty do zgodności z SIWZ jest zależny od całokształtu konkretnych okoliczności danej sprawy.

W świetle powyższego, w niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł na podstawie wyjaśnień złożonych samodzielnie przez Odwołującego, poprawić treść oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze względu na fakt, że stwierdzone niezgodności nie mają charakteru omyłki oraz ich poprawienie miałoby istotny wpływ na pierwotną treść oferty. W szczególności należy podkreślić, że Odwołujący w sposób wyraźny zmienił treść Formularza Ofertowego (wzoru opracowanego przez Zamawiającego). Ingerencja ta dowodzi świadomego i celowego działania wykonawcy we wprowadzeniu konkretnych zapisów w Formularzu Ofertowym, zarówno co do wysokości ceny za Fazę nr 2, jak i parametru „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń". Wykonawca zamiast wypełnić formularz, zgodnie z jednoznaczną instrukcją Zamawiającego, wprowadził do niego własne zapisy, niezgodne z wymaganiami SIWZ. Niezgodności te nie mogą być zatem zakwalifikowane, jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze względu na świadome działanie wykonawcy przy sformułowaniu treści jego oferty. Dlatego nie można uznać, że Odwołujący np. omyłkowo jedynie pominął zwrot „i kotła", skoro takie sformułowanie w ogóle nie było wymagane. Konsekwencją powyższego jest istotny charakter zmian treści oferty, które musiałyby nastąpić w ofercie w wyniku doprowadzenia treści oferty do pełnej zgodności z SIWZ. Wprowadzone przez Odwołującego w złożonej ofercie jednoznaczne i konkretne zapisy należałoby zastąpić innymi, których Zamawiający w żaden racjonalny sposób nie mógł wywieść z treści złożonej oferty, zarówno co wysokości ceny za Fazę nr 2, jak i co do czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że Odwołujący omyłkowo pominął określenie parametru w odniesieniu do kotła, jako jednego z elementów układu zabezpieczeń, przy określeniu wymaganego parametru i stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert. Oceniany parametr ma istotne znaczenie z punktu widzenia technicznego dla Zamawiającego. Dopisanie słów „i kotła", choć wydaje się zmianą niewielką, to jednak ma ogromne konsekwencje w zakresie rozwiązań technicznych i technologicznym. Ingerencja Zamawiającego w treść oferty Odwołującego w powyższym zakresie stanowiłaby istotną ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp oraz co wyklucza możli-

wość poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zauważyć należy także ważną okoliczność, że zaoferowana wartość „czasu wykonania pętli programowej sterownika dla układu zabezpieczeń" podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert, co również dowodzi, że treść oferty w tym zakresie ma istotny charakter, a tym samym nie może podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

55. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

56. Sygn. akt: KIO 1974/15, Wyrok KIO z dnia 23 września 2015 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyra-

żenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

57. Sygn. akt: KIO 2042/15, Wyrok KIO z dnia 30 września 2015 r.

Zgodnie z treścią działu II SIWZ pkt 5 ppkt 2 lit. k zamawiający przesądził, że granulat EPDM z recyklingu, oferowany przez wykonawców jako wypełnienie do trawy, musi mieć kolor jasno-szary lub zielony. Nadto w dziale V SIWZ w pkt 1 ppkt 10 zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek potwierdzenia m.in. ww. wymagania za pomocą próbki oferowanego wypełnienia. Jak wynikało z powyższych postanowień zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności w doborze koloru oferowanego wypełnienia do trawy. Ich obowiązkiem było zaoferowanie granulatu w kolorze jasnoszarym lub zielonym i udowodnienie tego za pomocą próbki.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił złożoną mu próbkę stwierdzając, że nie jest ona koloru jasnoszarego ani zielonego. Nie ulegało wątpliwości Izby, że przy ocenie barwy zaoferowanej próbki brak było podstaw do posługiwania się paletą barw wg klasyfikacji RAL. Zamawiający w treści SIWZ nie posłużył się bowiem tą nomenklaturą poprzestając na sformułowaniach języka potocznego. Powyższe nie oznaczało jednak, że przy ocenie ofert zamawiający zobowiązany był dopuścić próbkę granulatu w każdym z odcieni szarości. Interpretacji pojęć „zielony" i „jasnoszary" należało dokonać z uwzględnieniem reguł z języka potocznego. Analiza językowa tych pojęć prowadziła do wniosku, że zamawiający spośród całej palety barw dopuścił kolor zielony w całym zakresie. Natomiast jeżeli chodzi o kolor szary, nie dopuszczono wszystkich odcieni tej barwy, a jedynie odcienie jasnoszare. Faktem jest, że w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż niejasne postanowienia SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Reguła ta działałaby na korzyść odwołującego (...) gdyby zaoferował próbkę granulatu w kolorze szarym w takim odcieniu, w którym nasycenie bieli przeważałoby nad nasyceniem czernią. Natomiast reguła ta z pewnością nie pozwala na uznanie za zgodną z SIWZ próbki granulatu w kolorze ciemnoszarym, w którym nasycenie czernią zdecydowanie przewyższa nasycenie bielą.

Izba, na zgodny wniosek stron, przeprowadziła w trakcie rozprawy dowód z oględzin próbek granulatów zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, w tym również granulatu zaoferowanego przez odwołującego. Na podstawie tego dowodu stwierdzono, że – nawet przy bardzo życzliwej dla odwołującego interpretacji koloru próbki i uwzględniając różne oświetlenia, przy których ta próbka może być postrzegana – żadną miarą nie może on być nazwany kolorem jasnoszarym. Okazana na rozprawie próbka okazał się być bowiem koloru ciemnoszarego, szaroczarnego. Barwa ta także zdecydowanie różniła się od koloru próbek granulatu zaoferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu, które okazały się znacznie jaśniejsze.

58. Sygn. akt: KIO 2188/15, Wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu, a dotyczących oferty i jej wymaganej zawartości.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zmawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast ww. warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców.

59. Sygn. akt: KIO 2291/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywoływanych zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w 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 konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie treści oferty przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, 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, opisania 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}. Wreszcie nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym taka niezgodność konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

60. Sygn. akt: KIO 2297/15, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2015 r.

(...) w warunkach gdy zamawiający nie wymaga złożenia wzorcowego przedmiotu oferty [jego próbki], pozwalającego na empiryczne zbadanie jego cech, nawet gdy wymaga złożenia charakterystyk tego przedmiotu w postaci kart katalogowych, katalogów, ulotek, ogólnie dostępnych informacji o ofercie rynkowej, opisujących niejednokrotnie w pewnym uproszczeniu cechy danego urządzenia albo wystawianych dla całej klasy urządzeń [ich rodziny], każdorazowo zrekonstruowanie przez innego niż dany oferent wykonawcę przedmiotu tej oferty będzie narażone na ryzyko niewłaściwej identyfikacji przedmiotu oferty. Nie można też wyłączyć sytuacji, że w konkretnej sytuacji przedmiot oferty zostanie dostosowany w stosunku do standardowej charakterystyki podstawowego modelu danego urządzenia z uwzględnieniem wymagań stawianych przez danego zamawiającego, co jest tym bardziej uzasadnione względami ekonomicznymi, jeśli mamy do czynienia z zamówieniem operującym relatywnie dużym wolumenem zamówienia. W takim bowiem wypadku nie można wyłączyć, że dany wykonawca zdecyduje się – na potrzeby tego postępowania – na wytworzenie lub zlecenie wytworzenia przez producenta urządzeń, które na bazie standardowego produktu będą spełniały indywidualne wymagania Zamawiającego, to jest zostaną w określonym zakresie dostosowane lub zmodyfikowane wobec standardowo dostępnej oferty. Karta katalogowa nie musi przecież opisywać wszystkich właściwości oferowanego przedmiotu, w szczególności, gdy zaoferowano przedmiot niestandardowy, dostosowany do konkretnych potrzeb. Wbrew eksponowanym przez Odwołującego na rozprawie argumentom, nie ma przy tym obowiązku, by wykonawca w składanej ofercie, określając w taki lub inny sposób przedmiot oferty – jeśli zamawiający tego nie wymaga – wskazywał, czy i na ile oferowany przedmiot odbiega od standardowo dostępnego w powszechnej dystrybucji sprzętu tego samego rodzaju i w szczególny sposób zaznaczał wprowadzone przez siebie [czy też producenta urządzeń na swoje zlecenie] ewentualne odstępstwa od standardowej oferty. Nie można przecież wyłączyć, szczególnie przy sprzęcie komputerowym czy biurowym, co do którego relatywnie łatwo o wprowadzenie pewnych modyfikacji technicznych [takich jak przykładowo rozbudowa pamięci, czy zainstalowanie dodatkowych aplikacji], że zostanie zaoferowany sprzęt dostosowany w stosunku do standardowych urządzeń [niejako „szyty na miarę" danego zamawiającego]. Wszak mamy w tym wypadku do czynienia z zamówieniem o relatywnie dużym wolumenie, nabywanym w formule zamówienia publicznego, a tym samym bezpiecznym co do swej stabilności i zakresu, w którym wprowadzenie niewielkich modyfikacji sprzętu, czy jego specjalna konfiguracja lub zainstalowanie nietypowego urządzenia nie stanowi działania ocenianego jako niemożliwe czy gospodarczo niecelowe. Ponadto, to rzeczą wykonawcy oraz działającego na jego zlecenie producenta jest takie lub inne oznaczanie urządzeń – nadawanie im określonych znaków symbolizujących typ, model i wersję, zastosowane oprogramowanie a także odstępstwa od standardowego przedmiotu, jak i rezygnacja z określonych funkcjonalności i parametrów na rzecz innych.

W konsekwencji, próba wywodzenia jakichkolwiek, wyrażanych ze stuprocentową pewnością wniosków o przedmiocie oferty i jego szczegółowych cechach, jeśli nie dysponujemy materialnym elementem oświadczenia [próbką] – wbrew oświadczeniu woli danego wykonawcy, składającemu w sposób poważny deklaracje o charakterze kontraktowym, wiążące i obligujące do dostarczenia przedmiotu takiego, jaki wynika z treści tego oświadczenia – jest więc odgadywaniem okoliczności, które jeszcze nie nastąpiły i które mieszczą się w wyłącznej gestii tego, kto to oświadczenie składa.

61. Sygn. akt: KIO 2256/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

(…) wskazać należy, że oparcie się na ogólnym oświadczeniu wykonawcy zawartym w treści formularza oferty o oferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ jest niewystarczające, aby uznać, iż treść oferty danego wykonawcy jest zgodnie z SIWZ.

Przyjęcie takiego poglądu za właściwy niweczyłoby jakąkolwiek próbę rzetelnej analizy przedmiot zamówienia oferowanego przez danego wykonawcę bądź to przez samego Zamawiającego bądź to przez innych wykonawców. Jakakolwiek bowiem niezgodność oferty z SIWZ mogłaby być zawsze wytłumaczona ogólnym oświadczaniem wykonawcy zawartym w treści oferty. Gdyby przyjąć takie założenie za prawidłowe, treść oferty ograniczyłaby się wyłącznie do ogólnego oświadczenia o oferowaniu przedmiotu spełniającego wymagania zawarte w SIWZ, bez konieczności jego szczegółowego opisania i zindywidualizowania (czego Zamawiający żądał w załączniku 3.6).

Dalej wskazać należy, że Zamawiający będąc dysponentem środków publicznych winien dołożyć szczególnej staranności i wnikliwości w procesie weryfikacji składnych ofert. Opierania się na ogólnym oświadczeniu i stwierdzeniu, że wykonawca będzie płacił kary umowne, jeśli nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, jest w ocenie Izby założeniem błędnym i wypaczającym sensowi procesu badania i oceny ofert. Ustawodawca wprowadził etap badania i oceny ofert, aby zamawiający, dokładając należytej staranności, weryfikowali rzetelność i prawdziwość składnych oświadczeń przez wykonawców tak, aby na etapie realizacji umowy unikać sporów co do zasadności czy słuszności nakładania kar umownych. Inną zaś sprawą jest to, że w wielu sytuacjach zamawiający nie są w stanie wyegzekwować kar umownych z uwagi na trudną sytuację finansową wykonawców, ich likwidację czy postawieni ich w stan upadłości. Niezasadnym jest więc, w ocenie Izby, zakładanie *a priori* przez zamawiających, że nawet jeśli coś jest niezgodne z SIWZ, to wykonawca będzie ponosił z tego tytułu określone konsekwencję finansowe. To bowiem zamawiający, będący dysponentami środków publicznych, winni dołożyć w pierwszej kolejności należytej staranności w procesie badania i oceny ofert, aby wyeliminować wykonawców oferujących produkty niezgodne z wymaganiami SIWZ.

62. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem możliwości dokonania poprawy takiej oferty przez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Pomiędzy stronami nie jest sporna możliwość zastosowania treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, sporne jest natomiast, czy treść oferty, z której wynika zaoferowanie urządzenia wielofunkcyjnego stosującego technologię Hi-Q LED można uznać za odpowiadającą treści siwz. Przede wszystkim dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne jest to, że treść siwz wbrew stanowisku odwołującego, to nie tylko wskazana w załączniku nr 1 i 3 do siwz technologia druku „laserowa, kolorowa", ale także treść rozdziału II, z którego nie wynika, że zamawiający dopuszczał rozwiązania równoważne opisanemu w siwz, oraz nie dopuszczał wprost rozwiązań wariantowych, a także treść odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania nr 1, 5 i 9 z dnia 26 października 2015 r., które jak wynika wprost ze stanowiska zamawiającego były wiążące dla wykonawców, którzy zamierzali złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę. W myśl art. 29 ust. 3 ustawy zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia przez dodanie wyrazów „lub równoważny" jedynie w sytuacji, gdy opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenie. W niniejszej sprawie odwołujący nie zarzucił, że przedmiot zamówienia został opisany właśnie przez wskazanie znaków towarowych, patentów, czy pochodzenia. Argumentacja odwołującego jest niespójna i nielogiczna, gdyż z jednej strony oferowaną przez siebie technologię uważa za równoważną technologii opisanej w siwz – na to wskazuje treść zapytań, a z drugiej uważa, że jest to jedna z odmian technologii laserowej opisanej w siwz – tak wyjaśnienia czy treść odwołania. W ocenie Izby z udzielonych do siwz wyjaśnień wynika natomiast, że zamawiający technologię LED uważał za inną technologię, niż technologia laserowa i nie oczekiwał ofert opartych o technologię LED. Również w ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że dwóch wykonawców, którzy wyrażali zainteresowanie udziałem w postępowaniu nie złożyło ofert po otrzymaniu od zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 1, 5 i 9.

Tym samym ci wykonawcy również, podobnie jak zamawiający, rozumieli treść siwz jako wymaganie zaoferowania przez wykonawców urządzenia wielofunkcyjnego w technologii laserowej, ale nie w odmianie czy technologii równoważnej LED. Dodatkowo informacje poczynione przez dwóch konkurentów odwołującego do zamawiającego o tym, że urządzenia odwołującego nie spełniają wymagań siwz, gdyż są urządzeniami w technologii Hi-Q LED, świadczą o tym, że również ci wykonawcy rozumieli treść siwz w sposób wskazany w zdaniu poprzedzającym. Wykładnia autentyczna dokonana przez zamawiającego oraz sposób rozumienia innych wykonawców pozwolił zatem na ustalenie następującej treści siwz – zamawiający oczekiwał zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego w technologii druku: laserowej, kolorowej, ale nie technologii LED i nie dopuszczał rozwiązań równoważnych lub wariantowych. W tej sytuacji należało uznać, że treść oferty, w ramach której odwołujący zaoferował urządzenie wielofunkcyjne w technologii Hi-Q LED, kolorowej jest rozwiązaniem równoważnym lub wariantowym nie dopuszczonym przez zamawiającego. Potwierdzają ten fakt zarówno zapytania do treści siwz, są to prośby o akceptację, dopuszczenie porównywalnego, równoważnego rozwiązania, a nie pytania czy pojęcie laserowej technologii druku należy rozumieć także jako użycie w miejsce lasera diod LED. Z broszury informacyjnej firmy X wynika, że technologia LED dopiero od 2011, tj. od opracowania przez tę firmę technologii Hi-Q stała się porównywalna z technologią laserową, tym samym twierdzenia o tym, że zamawiający miał świadomość różnic pomiędzy technologiami w ocenie Izby są wiarygodne. Należy zauważyć, ze żadne z zapytań nie odnosiło się do technologii ledowej w technologii nowej generacji Hi-Q LED, co też mogło wpłynąć na decyzję zamawiającego o odmowie dopuszczenia technologii ledowej, w której jeden z producentów sam mówi, że główną wadą LED była jakość wydruku, która spowodowała, że drukarki laserowe utrzymały swoją pozycję na rynku. Również z ekspertyz wynika, że technologia ledowa nie może być uznana za technologie laserową, bo wykorzystuje diody półprzewodnikowe pracujące w innym zakresie parametrów (a zatem formalnie nie jest laserem). W świetle powyższego w ocenie Izby technologia laserowa, to nie technologia ledowa, choć być może są to technologie równoważne, to jednak równoważności zamawiający nie dopuścił.

W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający prawidłowo dokonał ustalenia treści siwz i prawidłowo ustalił też treść oferty odwołującego i porównując tę treść do wzorca z siwz doszedł do prawidłowych wniosków, że treść oferty nie odpowiada treści wzorca. W konsekwencji w takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co zamawiający prawidłowo wykonał.

63. Sygn. akt: KIO 2650/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

Odnośnie wyceny pozycji kosztorysowych w zakresie plantowania poboczy, Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny, a Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie. W pozycjach przedmiaru robót 21d.1.4., 49d.2.5, 72d.3.4, 95d4.4., 123d5.5., 146d.6.4 Zamawiający wymagał wyceny „Plantowania poboczy, wyrównania z zagęszczeniem materiałem dowiezionym wraz z zakupem – piasek Is-0,98". Niespornym jest, że Odwołujący w odpowiednich pozycjach kosztorysu ujął plantowanie poboczy – wyrównanie z uzupełnieniem urobkiem.

Na wstępie wskazać należy, że przedmiar robót, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, jako element wchodzący w skład dokumentacji projektowej, stanowi opis przedmiotu zamówienia publicznego. W sytuacji zatem, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, mamy do czynienia z oczywistą i nieusuwalną niezgodnością treści oferty z treścią siwz, powodującą jej odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią siwz polega w tym przypadku na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, nieodpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymagał od wykonawców wyceny we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego całości prac dotyczących planowania poboczy piaskiem – materiałem zakupio-

nym i dowiezionym, a nie, jak wskazuje Odwołujący, w części urobkiem w części piaskiem czy też samym urobkiem. Obowiązkiem wszystkich wykonawców, składających oferty w tym postępowaniu było dostosowanie się do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiarze robót w tym zakresie i przyjęcie, że całość prac w zakresie plantowania poboczy będzie wykonana z użyciem piasku. Zaproponowanie przez wykonawców innego sposobu realizacji tych pozycji kosztorysowych, i przyjęcie plantowania poboczy samym urobkiem bądź to urobkiem i piaskiem, w sytuacji gdy zamawiający wymagał wyceny plantowania poboczy wyłącznie piaskiem, należy ocenić jako niezgodne z wymaganiami siwz. Postanowienie na stronie 6 Opisu technicznego, stanowiącego załącznik 13 do SIWZ, na które powoływał się Odwołujący w toku rozprawy, istotnie dopuszcza użycie materiału miejscowego, ale jedynie w celu uzupełnienia poboczy w toku realizacji zamówienia i wskazuje na możliwość wykorzystania urobku, którego ilość na tym etapie nie jest możliwa do przewidzenia. Stąd, celem zagwarantowania porównywalności ofert, słusznym jest przyjęcie przez Zamawiającego, aby do wyceny oferty wykonawcy przyjęli w odpowiednich pozycjach kosztorysu plantowanie i wyrównanie z zagęszczeniem materiałem dowiezionym wraz z zakupem – piasek Is-0,98.

64. Sygn. akt: KIO 2731/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

(...) Izba uznała, iż termin wskazany w ofercie jako 2–3 dni kalendarzowe mieści się zarówno w terminie maksymalnym określonym przez Zamawiającego w wymiarze 6 dni kalendarzowych, a jednocześnie odpowiada wymaganiu wskazania dni kalendarzowych wyrażonych w pełnych dniach. W ocenie Izby zadeklarowany przez wykonawcę termin oznacza, iż wykonawca zamierza wykonać dostawę w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zlecenia, lub wcześniej. Do wniosku tego skłaniają przede wszystkim zasady logiki. Jeżeli bowiem wykonawca deklaruje wykonanie dostawy nie później niż trzeciego dnia, oznacza to również możliwość wykonania dostawy w drugim, czy też pierwszym dniu od otrzymania zlecenia, co w ocenie Izby oddaje prawdziwy sens oświadczeniu wykonawcy złożonemu w ofercie. Prezentowa przez Zamawiającego argumentacja jakoby wykonawca zadeklarował wykonanie dostawy w przedziale 24 godzin, tj. pomiędzy drugim a trzecim dniem od odbioru zlecenia stoi w sprzeczności z określeniem wskazującym na dni kalendarzowe, a nie na przedział czasowy od 2 do 3 dni kalendarzowych. Słusznie zatem Odwołujący wskazał, iż jego oświadczenie nie stoi w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego przeszkody w przeprowadzeniu oceny oferty Odwołującego według ustalonych zasad oceny w kryterium termin dostawy, mającej wynikać z braku możliwości ustalenie ilości punktów, jaka miałaby być przyznana ofercie, Izba uznała, iż takowa nie występuje. W ocenie Izby, Zamawiający uprawniony jest do przyznania ilości punktów odpowiadającej zadeklarowanemu jako maksymalny termin dostawy, tj. 3 dniom kalendarzowym. Wprawdzie w oświadczeniu brak jest wskazania, że termin 3 dni jest terminem maksymalnym, to jednak wniosek taki jest uprawniony w związku z projektowanymi warunkami umownymi, w których wskazuje się, że dostawa będzie zrealizowana nie później niż w terminie zadeklarowanym przez wykonawcę, wyrażonym ilością dni kalendarzowych. Przeprowadzenie oceny oferty nie jest zatem niemożliwe i nie naruszy zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż oferta uzyska ilość punktów, jaka mogłaby być przyznana za określony ilością dni kalendarzowych termin 3 dni (w rzeczywistości obejmujący pierwszy, jak i drugi dzień kalendarzowy).

Art. 89 ust. 1 pkt 3

65. Sygn. akt: KIO 2260/15, KIO 2261/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem dla zaistnienia podstawy odrzucenia na-

leżałoby ustalić, czy złożenie oferty narusza prawo lub dobre obyczaje stanowiąc jednocześnie co najmniej zagrożenie dla interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący X dopatrywał się czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu przez przystępującego Y oferty, choć wykonawca ten posługuje się nieprawdziwym doświadczeniem innego podmiotu sam nie posiadając odpowiedniego doświadczenia. W ocenie Izby takie działanie mogłoby być ewentualnie kwalifikowane jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdyż sam fakt posługiwania się przez wykonawcę niedoświadczonego doświadczeniem innego podmiotu jest zgodny z prawem – art. 26 ust. 2b ustawy *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22a ustawy Pzp – przyp. red.]*. Izba jednocześnie analizując zarzut nieprawdziwości informacji o udostępnionym doświadczeniu stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W ocenie Izby zatem skoro posłużenie się cudzym doświadczeniem jest dopuszczalne prawnie, a brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że podmiot udostępniający tego doświadczenia nie ma, to takie działanie w ocenie Izby nie może być uznane za naruszające dobre obyczaje. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się złożenia oferty przystępującego Y w czynie nieuczciwej konkurencji rozumianej jako naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy.

W dalszej kolejności odwołujący X uważał, że przystępujący Y dopuścił się wprowadzającego w błąd oznaczenia towarów oraz upowszechnił nieprawdziwe wiadomości o przedsiębiorcy Z dotyczące wytwarzanych przez tego przedsiębiorcę towarów. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm. – dalej uznk) czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. W myśl art. 10 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Natomiast przepis art. 14 ust. 1 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Przykładowy katalog wiadomości, które mogą wprowadzać w błąd zawiera ust. 2 i są to w szczególności wiadomości o:

1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
3) stosowanych cenach;
4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Rozpowszechnianiem wiadomości, nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd, jest również w myśl ust. 3 posługiwanie się:

1) nieprzysługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;
2) nieprawdziwymi atestami;
3) nierzetelnymi wynikami badań;
4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

W ocenie Izby wskazanie przez przystępującego Y – Z jako producenta urządzeń wskazanych w formularzu ofertowym znajduje oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. W szczególności dowody przedstawione przez odwołującego X nie uprawdopodobniły w sposób dostateczny, że Z nie prowadzi produkcji. Dowody te nie okazały się wystarczające

w zestawieniu z dowodami dołączonymi przez przystępującego Y do pisma z dnia 9 listopada 2015 r. stanowiącymi załączniki nr 3, 4, 5, 6, 10. Dowody te świadczą, że Z prowadzi działalność polegającą na produkcji urządzeń elektronicznych stosowanych w branży IT. Tym samym w ocenie Izby oznaczenie urządzeń wskazanych w formularzu ofertowym przystępującego Y nie było oszukańczym oznaczeniem towaru, ani nie rozpowszechniało nieprawdziwych wiadomości o Z. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się dopuszczenia się przez złożenie przez przystępującego Y czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uznk, a w konsekwencji nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego polegającego na niezastosowaniu wobec oferty przystępującego Y normy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

66. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r.

Odwołujący X w sposób bardzo ogólnikowy przedstawił w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem, brak wskazania podstawy prawnej, a w szczególności zaniechanie ustalenia znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości argumentacji Odwołującego. Adnotacji wymaga fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności, jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12). Z tych powodów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

67. Sygn. akt: KIO 2681/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty X złożonej na sześć części zamówienia, nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał że złożenie oferty przez X na poszczególne pakiety stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 15 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz art. 3 ust. 1 uznk, poprzez zaoferowanie wartości zwrotu kosztu konsultacji w kwocie 2000,00 zł (łącznie 6000,00 zł), co doprowadziło w sposób sztuczny do zawyżenia punktacji złożonej oferty. Biorąc pod uwagę treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie omawianego tu kryterium oceny ofert nie budzi wątpliwości fakt, że postanowienia w tym zakresie są jasne i muszą być respektowane przy ocenie ofert zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców. Brak określenia w SIWZ przez Zamawiającego maksymalnej wartości zwrotu kosztów oznacza *de facto*, że wykonawca mógł zdecydować swobodnie w tym zakresie, oferując wartość zwrotu, według jego oceny możliwie najwyższą, w celu uzyskania najwyższej punktacji. Każdy z wykonawców mógł ocenić samodzielnie własną zdolność do realizacji wymagania w zakresie wartości zwrotu kosztu konsultacji, w taki sposób, aby było to dla niego opłacalne i możliwe do spełnienia na etapie realizacji zamówienia. Ryzyko z tego tytułu powinno być skalkulowane w cenie oferty. Kwestia, czy zaoferowana wartość zwrotu kosztu świadczenia jest realna, czy też zupełnie abstrakcyjna, oderwana od rzeczywistości, a tym samym – podana została w celu nieuczciwego wykorzystania kryterium dla uzyskania najwyższej liczby punktów, jest istotna w kontekście zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Jednak w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który taki zarzut podnosił (art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp).

Odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp następuje w przypadku gdy złożona przez wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes inne-

go przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy, który to czyn, zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 uznk, może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

68. Sygn. akt: KIO 2682/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu i nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum X na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W świetle ustalonego stanu faktycznego, nie można przypisać konsorcjum X, że przez złożenie swojej oferty wykonawca ten dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), tj. art. 3 ust. 1 ustawy stanowiącego, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przedmiotem zarzutu odwołujący uczynił założenia, iż oferta X została przygotowana i złożona w oparciu o pozyskane przez tego wykonawcę dodatkowe informacje niedostępne innym uczestnikom przetargu. Odwołujący opierał swoje zarzuty na podejrzeniach, a nie na udowodnionych faktach, w szczególności, iż wykonawca X miał jakąś odrębną wiedzę o innej szerokości podbudowy z kostki kamiennej niż przyjęta do wyceny, i że wiedza ta miała jakikolwiek wpływ na wycenę w poz. 14 i 15 kosztorysu nr 2.1 skarżonego wykonawcy. Twierdzenia odwołującego prowadzą do wniosku, że to on sam prowadził poza procedurą przewidzianą w SIWZ jakieś rozmowy z pracownikami zamawiającego na dany temat, gdyż po powzięciu podejrzenia, jego pracownik p. Robert R. (pracownik Y S.A.) w celu rozpoznania sprawy pojechał do Rejonu Z w O. i dowiedział się od pracownika Rejonu w O., że podbudowę tłuczniową mają obecnie również istniejące pobocza, a przykryty asfaltem 28 km odcinek przebudowywanej w latach 1976–1980 drogi ujmuje, objęty przedmiotowym zamówieniem odcinek drogi o długości 16,11 km dostosowywany do parametrów drogi ekspresowej.

Nielogiczne są zatem wywody odwołującego, że wykonawca X powinien zawiadomić zamawiającego o rozbieżnościach w przedmiarze, gdyż tak wymagał pkt 8.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj., że: „Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach) w STWiORB oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert," skoro zamawiający (jego pracownicy) o powyższym wiedzieli i z tego źródła odwołujący sam zasięgał informacji. Dla Izby bez znaczenia pozostawało, że mogły występować zakłócenia w przepływie informacji między jednostkami wewnętrznymi zamawiającego – jak sugerował odwołujący. Nie ma żadnych podstaw, aby zarzucać wykonawcy X zaniechanie zgłoszenia zamawiającemu błędu w przedmiarze robót i wykorzystanie wiedzy o błędzie podczas przygotowywania oferty, jako działania niezgodnego z dobrymi obyczajami, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedłożone przez odwołującego dokumenty - stanowiące wnioskowane dowody – w postaci wymienienia członków grupy kapitałowej, do której należy X nie dowodzą, że konsorcjum X mógł pozyskać wiedzę o konstrukcji tej drogi od wykonawcy dokumentacji projektowej, tj. firmy, z którą pozostaje w tej samej grupie kapitałowej. Założenia takie, nie dość, że niedowiedzione należałoby uznać za nielogiczne, aby projektant celowo nie uwzględnił, iż do rozebrania będzie pas nawierzchni z kostki brukowej kamiennej o szerokości 5,50 m i długości 16,11 km, czyli o powierzchni 88.605,00 m^2 (5,50 m x 16.110,00 m) – w wielkościach wyliczonych przez odwołującego. Projektant (należący do tej samej grupy kapitałowej co X), nie mógł przewidzieć, że oferta przystępującego okaże się najkorzystniejsza w przetargu na realizację robót. Błędy w przedmiarze, tak jak wyjaśniał zamawiający, wynikały z niestaranności pomiarów projektanta, przy

tym mogą go narażać na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec zamawiającego. Twierdzenia odwołującego, że konsorcjum X wykorzystał dodatkową wiedzę, której nie posiadali inni wykonawcy, w sposób dyskryminujący innych wykonawców, nie zostały oparte na jakichkolwiek wiarygodnych dowodach. (...)

Działanie konsorcjum X nie miało nawet cech dowolności, zamawiający dopuścił bowiem przenoszenie kosztów między pozycjami poszczególnych kosztorysów i nie ustanowił w tym zakresie ścisłych granic. Ponadto, kazał kalkulować w cenach jednostkowych upusty, do których stosowania upoważnił wprost wykonawców. Działanie takie jako dozwolone nie mogło zostać przyjęte, jako ograniczające rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

W zaistniałych konkretnych uwarunkowaniach, Izba nie stwierdziła, aby cena jednostkowa za rozbiórkę kostki kamiennej w ofercie X była zupełnie oderwana od uzasadnionych podstaw do jej wyliczenia i sama jej wysokość uprawniała do przypisywania konsorcjum X, chociażby działań podważających tzw. uczciwość kupiecką.

Dostrzeżenia wymaga, że Izba rozstrzyga wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu. Rozpoznanie odwołania w granicach okoliczności faktycznych tam wskazanych zarówno w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, doprowadziło Izbę do przekonania, iż zarzuty odwołującego, mimo ich sugestywnego przedstawienia, nie wytrzymały próby konfrontacji ze stanem faktycznym tej sprawy.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, przyjęte przez niego przesłanki do odrzucenia oferty X, jako niezgodnej z treścią SIWZ – nie mieszczą się w zakresie zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp – iż z samej wysokości ceny jednostkowej można wywodzić – że nie został zaoferowany cały zakres robót. Ustalenie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia nie zmienia faktu, że umowa o roboty budowlane ma charakter umowy rezultatu według opisu uwzględniającego dyspozycję art. 31 ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych w tym zakresie. Przedmiar i kosztorysy ofertowe stanowią podstawy do rozliczeń, przy uwzględnieniu także innych postanowień warunków kontraktu, które zostały ustanowione i wiążą strony. Izba uznała przy tym racje zamawiającego, że skoro w tym postępowaniu szczegółowy sposób postępowania przy odzyskiwaniu przez wykonawcę na użytek zamawiającego kostki kamiennej nie został sprecyzowany (w zasadzie dotyczył traktowania tego materiału jako odpadu, którym swobodnie mógł dysponować wykonawca), i w konsekwencji został przez konsorcjum X skosztorysowany na poziomie maksymalnym, w odniesieniu do możliwych wymagań zamawiającego na etapie realizacji, ponoszonych kosztów i ryzyk – to wynikają z tego określone następstwa.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

69. Sygn. akt: 1791/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r.

Skoro już z samej treści formularza ofertowego odwołującego i przepisów prawa (Załączników Nr 3 i Nr 10 do ustawy o VAT) wynika, że odwołujący zastosował błędną stawkę podatku VAT, to zamawiający trafnie odrzucił tę ofertę bez wcześniejszego uzyskiwania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten pozwala na uzyskanie od wykonawcy, który w treści oferty wyraził swą wolę w sposób niejednoznaczny, wyjaśnień usuwających niejasności oświadczenia woli jakim jest oferta. W okolicznościach sporu nie ma żadnej niejasności w treści oferty odwołującego, którą zamawiający miałby wyjaśniać, nie doszło zatem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Istotnie, na gruncie przepisów podatkowych odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku VAT obciąża podatnika. Na gruncie zamówień publicznych zamawiający jednak jest zobowiązany do badania prawidłowego zastosowania stawki podatku VAT w ramach badania ceny oferty. Ofertę zawierającą nieprawidłową stawkę VAT zamawiający powinien odrzucić jeśli brak jest ustawowych znamion umożliwiających jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (uchwała Sądu Najwyższego z 20 października

2011 r., III CZP 52/11). Przywołany przepis ustawy nakazuje zamawiającemu poprawienie w treści oferty omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli mają one charakter nieistotny, nie znajduje zastosowania w sprawie już z tego powodu, że sam odwołujący oświadczył już w odwołaniu, że prawidłowa stawka podatku VAT to 8%, a nie 5% i jej zastosowanie nie nastąpiło skutkiem omyłki.

Art. 90 ust. 1

70. Sygn. akt: KIO 1879/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r.

Lektura przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje bowiem na to, że ilekroć zajdzie przynajmniej jedna z przesłanek opisanych przy użyciu procentowego progu Zamawiający musi uruchomić procedurę wyjaśnień. Z woli ustawodawcy przesądzono zatem, że, w sytuacji w której cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, cena oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub wymaganiami mającymi źródło w przepisach odrębnych.

71. Sygn. akt: KIO 2088/15, Wyrok KIO z dnia 8 października 2015 r.

Odnośnie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2, i ust. 3 ustawy Pzp, Izba także, uznając ich niezasadność, w pierwszej kolejności stwierdza, że powoływane przez Odwołującego orzeczenia dotyczą, innych stanów faktycznych. Przede wszystkim Izba zauważa, że uwzględnienie tych odwołań było wynikiem niezłożenia wyjaśnień w zakresie żądanym, a do czego Przystępujący X był zobowiązany w wezwaniach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei skutkowało uznaniem braku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba w tych rozstrzygnięciach zwracała uwagę na ogólnikowość wyjaśnień oraz ich nieadekwatność do wezwania zamawiającego, w szczególności na brak kalkulacji ceny, która chociażby w minimalnym stopniu gwarantowałaby wykonanie zamówienia. W stanie faktycznym tej sprawy Przystępujący odniósł się szczegółowo do zagadnień wskazanych w wezwaniu i opisał elementy, które składały się na cenę jego oferty, w tym planowany zysk, przedstawiając szczegółową kalkulację dla ceny ofertowej oraz załączając oferty podwykonawców, zawierających ceny przyjęte dla wyliczenia wartości poszczególnych pozycji, składających się na cenę całkowitą. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia złożone w tym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie są adekwatne do tego wezwania, w przeciwieństwie do wyjaśnień składanych w innych postępowaniach, na które powołał się Odwołujący. Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2, jak i ust. 3 ustawy Pzp i konsekwentnie art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy nie zasługują na uwzględnienie.

72. Sygn. akt: KIO 2209/15, Wyrok KIO z dnia 26 października 2015 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi spo-

sobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C-295/89 („Impresa Dona Alfonsa"). (...)

Jak wynika z przytoczonego orzeczenia jak i przepisów ustawy Pzp, niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

73. Sygn. akt: KIO 2406/15, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r.

Właściwe odkodowanie norm zawartych w powołanych przepisach *[tj. art. 90 ust. 1 i ust. 2 – przyp. red.]* prowadzi do wniosku, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winien przedstawić informacje i dowody na ich poparcie, na podstawie których zamawiający, w sposób niebudzący wątpliwości ma możliwość rozstrzygnięcia, że relacja kosztów realizacji zamówienia występujących u danego wykonawcy do ceny pozostaje na takim poziomie, że pozwala na wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę i osiągnięcie zysku. Wyjaśnienia muszą mieć zatem charakter wyczerpujący i odnosić się do warunków konkretnego wykonawcy, nie mogą zaś stanowić informacji ogólnych, które równie dobrze mogłyby charakteryzować każdego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Nie można również pomijać, że wolą ustawodawcy jest, aby wyjaśnienia znalazły oparcie w przedłożonych dowodach.

W orzecznictwie przesądzono również, że formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień bez wykazania, iż wykonawca ma możliwość zrealizowania zamówienia za zaproponowaną cenę nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji, w tych okolicznościach konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Przyjęto bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający nie jest uprawniony, w świetle powołanych przepisów, do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. (...)

Dostrzeżenia wymaga również, że postępowanie odwoławcze nie służy prowadzeniu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z całą mocą podkreślić należy, że postępowanie przed Izbą nie ma na celu dokonywania czynności, które wykonawca winien realizować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i których ocena dokonywana jest przez Zamawiającego, a dopiero efekt tej oceny podlega ewentualnie weryfikacji przez Izbę (art. 172 ust. 1 w zw. z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp). Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie znajduje uzasadnienia ze względu na zakres kognicji Izby, ale również z uwagi na fakt, że bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa materialnego nie można pomijać wykorzystując narzędzia procesowe.

74. Sygn. akt: KIO 2543/15, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2015 r.

(...) Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy, zamawiający kieruje się czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przez danego wykonawcę ceny oraz, że w procedurze ustalania, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny – nie zaś hipotetyczne założenia tego wykonawcy, w części ode-

rwane od przedmiotu świadczenia. Także nie jest rolą zamawiającego w ramach procedury wyjaśnień samodzielne doszukiwanie się okoliczności, mających dowodzić, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zatem to wykonawca, wskazując na elementy cenotwórcze, obowiązany jest określić ich koszt oraz podać źródło tego kosztu i tak wyspecyfikowane elementy, łącznie z żądanymi przez zamawiającego, należy ocenić, czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych, gwarantując wykonanie zamówienie bez uszczerbku dla jego jakości. W konkluzji Izba stwierdza, że w wyjaśnieniach wykonawca w istocie ogólnikowo odwołał się do sprzyjających czynników, nie wykazując, jak wskazywane czynniki obniżyły w istocie cenę jego oferty, co w konsekwencji uprawniało Zamawiającego do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *[powinno być: art. 89 ust. 1 pkt 4 – przyp. red.]* w zw. z art. 90 ust. 3 tej ustawy, jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

75. Sygn. akt: KIO 2553/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

(...) 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. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. 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.

Izba, mając na uwadze wstępną część uzasadnienia wyroku odnoszącą się do możliwości żądania wyjaśnień nie tylko całkowitej (łącznej) ceny oferty, ale, jak w tym przypadku, ceny za realizację konkretnego zadania, podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie procesowym, jak również wskazane w piśmie z dnia 17 listopada 2015 roku Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty/wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Charakter prowadzonego postępowania, ocena w zakresie kryteriów oceny ofert w poszczególnych zadaniach prowadzi do wniosku, ze Zamawiający nie tylko mógł, ale był obowiązany w tym przypadku do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał realności realizacji zamówienia za kwotę 1,23 zł brutto w zadaniu nr 2 – przebudowa instalacji linii sortowniczej, w które to zadanie wchodzi uzupełnienie linii sortowniczej o dwa przenośników w celu możliwości wyodrębnienia frakcji biodegradowalnych zgodnie z wymaganiami dokumentacji. Wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe, odnoszące się między innymi nie do zaoferowanej ceny ale innych argumentów leżących u podstaw takiego skalkulowania ceny w zakresie zadania 2, jednocześnie Odwołujący zastrzegł niejawność tych dokumentów. Odwołujący, wskazując na ofertę podwykonawcy (dowód nr 5), w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny poczynionych przez niego wyjaśnień; dowód ten jedynie potwierdza, że Odwołujący uzyskał od podwykonawcy daną ofertę.

76. Sygn. akt: KIO 2614/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Także za niezasadny, Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15

ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy – Izba stwierdziła, że udzielone przez wykonawcę X pozwalały zamawiającemu na ustalenie, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Izba miała na uwadze nie tylko treść złożonych wyjaśnień, w tym oferty cenowej podwykonawcy, ale także podstawy szacowania wartości zamówienia przyjęte przez Zamawiającego, który to dokument datowany na 10.09.2015 r. stanowił załącznik do Protokołu postępowania. Izba miała także na uwadze analizę cen z ofert wykonawców X oraz Y dokonaną przez Komisję przetargową na bazie wyjaśnień tych wykonawców oraz treści ich ofert, w tym danych o Ripokach podanych w ofercie przez X. Ta analiza stanowiła załącznik do Protokołu z dnia 20.11.2015 r., a którego jawność, z uwagi na zastrzeżenia poczynione w składanych wyjaśnieniach zarówno przez wykonawcę X, jak i Y, została wyłączona. Z ustaleń w sprawie wynika, że wykonawca X złożył wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny, wskazując na – istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy – następujące okoliczności: ofertę podwykonawcy obejmującą główną część realizacji przedmiotu zamówienia, prowadzenie instalacji mającej status RIPOK dla Regionu II województwa śląskiego przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, dysponowanie stacją segregacji odpadów, korzystne skomunikowanie Gminy z instalacjami spółek [RIPOK], należących do grupy kapitałowej, co wykonawca, a także posiadanie pojemników, w które należy wyposażyć właścicieli nieruchomości na terenie gminy R., pochodzących z zakończonych w ostatnim czasie przez wykonawcę kontraktów. Wskazał również, na fakt, że zaoferował odbiór odpadów z częstotliwością jeden raz na cztery tygodnie, a nie tak jak Odwołujący – jeden raz na dwa tygodnie, co wiąże się ze zmniejszeniem kosztów odbioru i transportu odpadów oraz innych kosztów m.in. za worki na odpady segregowane. Powyższe okoliczności i ich analiza przez Komisję przetargową, przedstawiona w załączniku do Protokołu nie potwierdziły zarzutu rażąco niskiej ceny, jak również zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, częstotliwość odbioru odpadów z deklarowaną dla tej usługi pojemnością samochodu, niewymagającą dwukrotnych kursów miała niewątpliwie istotny wpływ na koszty odbioru. Taki wpływ miała także organizacja związana z odbiorem odpadów z udziałem podwykonawcy, świadczącego usługi na innym kontrakcie X na terenie miasta Z. i przekazywaniem ich do Ripok – u z możliwością dalszego ich odzysku. Te okoliczności nie potwierdziły również argumentacji, co do sprzedaży usługi, będącej przedmiotem zamówienia poniżej jej kosztów świadczenia.

77. Sygn. akt: KIO 2645/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r.

(...) Izba przede wszystkim wzięła pod uwagę okoliczność, iż faktycznie w niniejszym postępowaniu utrudnione było dokonane porównania ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na łącznym poziomie, uwzględniając w tym zakresie także ustalony okres 12 miesięcy realizacji zamówienia (termin realizacji zamówienia został przez Zamawiający określony jako: od dnia podpisania umowy nie później niż od dnia 2 stycznia 2016 r. do dnia 30 czerwca 2018 r.), na kwotę: 2 758 536,58 zł netto. Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania szacowanej przez niego ceny jednostkowej wykonania zamówienia. Tymczasem w ofercie Przystępującego, zgodnie z wymogami SIWZ, należało podać jedynie cenę jednostkową odnoszącą się do jednostkowej wartości opłaty dodatkowej i jednostkowej wartości opłaty manipulacyjnej, przy czym SIWZ nie wymagała podania w treści oferty tych jednostkowych wartości, czego też nie uczynił Przystępujący. Tym samym zatem proste porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie było obiektywnie możliwe. Izba zatem przyjęła w tym zakresie za wiarygodne wyjaśniania Zamawiającego, że podstawą wystąpienia przez niego z wezwaniem do Przystępującego o wyjaśnienie elementów ceny mających wpływ na ustalenie ceny ofertowej nie były wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyznaczniki procentowe.

Izba potwierdziła, że niezależnie od tych wyznaczników Zamawiający ma prawo skorzystania z prawa do wezwania wykonawcy o wyjaśnienie elementów wyceny ofertowej, mając uzasadnione podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odnosząc się jednak do uzasadnienia podanego w tym względzie przez Zamawiającego w toku rozprawy Izba doszła do przekonania, że w tym przypadku podstawą wezwania Zamawiającego było porównanie ceny ofertowej Przystępującego do szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej przedstawionej Zamawiającemu przez Odwołującego niejako z własnej inicjatywy, w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach treści oferty. Zamawiający, mając szczegółową kalkulację ceny ofertowej Odwołującego, a także własne doświadczenia w realizacji tożsamej usługi na terminie Gminy O. przez dotychczasową firmę, która jest członkiem konsorcjum Odwołującego, dokonał porównania ceny oferty Przystępującego do wyceny Odwołującego. Powyższe budzi uzasadnione wątpliwości Izby. Wycena przedmiotu świadczenia dokonana przez jednego wykonawcę nie może stanowić samodzielnie wystarczającej podstawy do powstania podejrzenia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę. Poważne wątpliwości Izby budzi także wskazywane przez Zamawiającego uzasadnienie skierowanego do Przystępującego wezwania, iż zysk przewidziany w tej ofercie był na niskim poziomie. Jeżeli wykonawca zakłada w swojej ofercie jakikolwiek zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od jego wysokości, powyższe z pewnością nie może świadczyć o rażąco niskim poziomie wyceny ofertowej. Stąd też wskazana okoliczność – sposób i uzasadnienia powstania po stronie Zamawiającego podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego – nie pozostawały bez wpływu na ocenę wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz na ocenę podniesionych w tym zakres zarzutów odwołania.

Odnosząc się do argumentacji w zakresie zarzutów, zawartej w odwołaniu, Izba stwierdziła, że argumentacja ta opiera się na porównaniu wyceny ofertowej Przystępującego do danych zawartych w „Formularzu oceny ceny usługi kontroli i windykacji należności na bazie dotychczasowych wyników kontroli", sporządzonym przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert po wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego, a dotyczących treści złożonej oferty i wyjaśnieniach Przystępującego. Porównanie to sprowadza się zatem do wyceny przedmiotu świadczenia dokonanej *de facto* przez Odwołującego, co samo w sobie nie może potwierdzać rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, w szczególności w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie określała bowiem w sposób szczegółowy zasad kalkulacji i czynników, jakie wykonawcy powinni przyjąć przy wycenie przedmiotu zamówienia, czy też pewnych założeń, które zostałyby w tym względzie przyjęte przez Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia nie zawierał takich danych, jak choćby: liczba wykonanych kontroli, liczba nałożonych opłat, liczba opłat zapłaconych do 7 dni, liczba opłat zapłaconych po 7 dniach bez wezwania, liczba opłat zapłaconych po 7 dniach po wezwaniu, liczba upomnień, liczba spraw skierowanych do windykacji przez sądy, liczba wpłat po nakazach sadowych, liczba spraw do postępowania komorniczego, liczba dłużników skierowanych do KRD, liczba opłat umorzonych, liczba spraw wymagających ustalenia danych osobowych, liczba opłat, co do których nie ustalono adresu zamieszkania, szacowana liczba opłat do sprzedaży, liczba przejazdów bez biletowych na 1 kontrolę, ściągalność, przewidywany wzrost ściągalności itd. – tj. założeń, które legły u podstaw oceny ceny ofertowej Przystępującego. Skoro SIWZ nie zawierała w tym zakresie jakiś konkretnych założeń, które wykonawcy mieli obowiązek przyjąć przy kalkulacji swojej oferty, tym samym należy przyjąć, że SIWZ w tym zakresie przewidywała swoistą dowolność. Każdy zatem z wykonawców, mając na względzie swoje doświadczenia z realizacji podobnych zamówień i swoje możliwości w tym zakresie, mógł poczynić w tym względzie właściwe sobie założenia. Postanowienia SIWZ nie zakładały również konieczności uwzględniania przy realizacji zamówienia, jak też przy samej wycenie przedmiotu zamówienia, obsługi prawnej, nie przewidywały minimalnego szacunku usług pocztowych, jaki należy wziąć pod uwagę przy realizacji i wycenie przedmiotu zamówienia i innych szczególnych kwestii związanych

z wyceną niniejszego zamówienia. Co do kwestii osobowych postanowienia zawarte w pkt 9 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) zakładały, że wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnią kontrolerów w liczbie co najmniej 14, a celu zagwarantowania realizacji umowy oraz zgodności realizacji harmonogramu kontroli z art. 22 Kodeksu pracy Zamawiający wymagał, aby co najmniej 12 kontrolerów było zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Zamawiający zatem uznał, że 14 osób, w tym minimum 12 zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, to wystarczająca, minimalna ilość osób, które są w stanie zrealizować niniejsze zamówienie, jeśli chodzi o przeprowadzane kontrole. Zamawiający postawił też w SIWZ (pkt 20 opisu przedmiotu zamówienia) wymóg posiadania w okolicach centrum O. stałego punktu obsługi prowadzonej działalności i odpowiednie pomieszczenie do obsługi kasowej pasażerów. Nie określił jednak żadnych wymogów co do minimalnej ilości osób, która miałaby zapewniać tę obsługę.

Z pewnością zatem powyższe okoliczności i niedookreślenie w SIWZ szczególnych okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, nie mogą obciążać wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Mając na uwadze powyższe wymogi SIWZ Przystępujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących elementów cenotwórczych, mających wpływ na ustalenie ceny ofertowej, złożonych Zamawiającemu, wskazał, że zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia minimum 14 osób, w tym 12 osób na podstawie umów o pracę. Ponadto wskazał na koszt zatrudnienia minimum jednej osoby, która będzie realizowała inne elementy przedmiotowo istotne dla realizacji umowy. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach przedstawił kalkulację zakładającą maksymalny koszt osobowy związany z pracą kontrolerów – zatrudnienia 14 osób. Uwzględnienie tego kosztu zakłada osiągnięcie przez wykonawcę minimalnego zysku. I choć przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja zakłada koszt zatrudniania (umowa o pracę) 14 osób, to złożone przez niego oświadczenie odnosi się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę tylko 12 osób, pozostałe dwie osoby – jak należy przypuszczać – będą zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Tymczasem argumentacja na poparcie zarzutów odwołania oraz przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja kosztów osobowych Przystępującego zakłada poniesienie przez niego kosztów związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę 14 osób. Powyższe podważa w sposób znaczący wyliczenia przedstawione na poparcie swoich zarzutów przez Odwołującego. Ponadto należy podkreślić, że Odwołujący oparł swoje wyliczenia na założeniu miesięcznego kosztu zatrudnienia przez Przystępującego kontrolerów na poziomie 2 200 zł i wykazuje, że wskazane koszty pracy powinny wynosić 2 213,53 zł, a więc o 13,53 zł więcej niż wskazał Przystępujący. Tymczasem Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach na kwotę około 2 200 zł jako maksymalną kwotę kosztów zatrudniania kontrolerów. W pojęciu „około", przy założeniu, że wykonawca podał maksymalne koszty w tym zakresie, mieści się – zdaniem Izby – także kwota 13,53 zł, na którą wskazuje Odwołujący w swoich wyliczeniach. W kwocie tej mieści się również kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r., stąd też w ocenie Izby argumentacja Odwołującego dotycząca kosztów zatrudniania kontrolerów jako zaniżonych kosztów w ofercie Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie.

78. Sygn. akt: KIO 2677/15, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2015 r.

Odwołanie zostało oparte na dwóch okolicznościach, które miały zdaniem Odwołującego decydować o tym, że dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych mu w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień była krzywdząca dla Odwołującego i została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp – Zamawiający miał nie uwzględnić tego, że „w ciągu ostatnich lat nie nastąpił wzrost ceny w branży budowlanej", co powodować miało to, że przyjęte ceny jednostkowe są rynkowe, a nadto, nie wziął pod uwagę ryczałtowego charakteru ceny, co powodować miało to, że „składniki wynagrodzenia określone w kosztorysie ofertowym nie mają znaczenia dla postępowania".

W pierwszej kolejności, w ocenie Izby, dostrzeżenia wymagał fakt, że ryczałtowy charakter ceny, który w rozpoznawanej sprawie nie był sporny, nie pozbawia Zamawiającego możliwości badania zaoferowanej mu ceny w kontekście okoliczności zakreślonych w przepisie art. 90 ustawy Pzp. Nadto, co szczególnie istotne w rozpoznawanej sprawie, zgodnie z pkt 12.3 SIWZ wykonawcy nie byli zobowiązani do składania wraz z ofertą kosztorysów ofertowych. Takiego też nie przedstawił ze swoją ofertą Odwołujący. Został on do tego zobowiązany, wraz z przedstawieniem odpowiednich wyjaśnień i dowodów, dopiero w toku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wprost w wezwaniu zobowiązał Odwołującego do podania m.in. „wartości nośników cen jednostkowych w zakresie roboczogodziny (R), kosztów ogólnych – KO, kosztów zaopatrzenia – KZ oraz tabeli elementów scalonych dla całego zakresu przedmiotu zamówienia". W świetle pełnej treści wezwania z dnia 2 listopada 2015 r. skierowanego do Odwołującego określenie tych wielkości, miało stanowić jeden wielu elementów uzasadniających możliwość zaoferowania ceny na takim poziomie, na jakim została ona określona w ofercie złożonej przez Odwołującego. W tym kontekście nieuzasadnionym wydaje się odwoływanie się przez Odwołującego do ryczałtowego charakteru ceny ofertowej, jako do takiego, który czyni nieistotną wycenę poszczególnych składników wynagrodzenia, albowiem przyjęta przez niego wycena rzeczonych składników i udokumentowanie jej rzetelności służyć miały jedynie ocenie, czy złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też takiej ceny nie zawiera. W tym kontekście nieuzasadnionym wydaje się deprecjonowanie znaczenia przyjętej przez Odwołującego wyceny poszczególnych składników wynagrodzenia. W tym też kontekście zauważenia wymaga przywoływane w piśmie z dnia 4 grudnia 2015 r., w uzasadnieniu odrzucenia oferty, odwołanie się przez Odwołującego w złożonych Zamawiającemu kosztorysach, jako do podstaw wyceny, do opracowań Orgmasz i Wacetob pochodzących nawet z lat 90-tych ubiegłego wieku (dopiero na etapie rozprawy przed Izbą, Odwołujący twierdził, że „baza normatywna w opracowaniach służących kosztorysowaniu jest taka sama jak obecnie" – nie przedstawił jednakże żadnych dowodów mających potwierdzać taką tezę i wynikających z niej okoliczności, które czyniłby złożone przez niego wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. bardziej wiarygodnymi).

Mając to wszystko na uwadze, Izba nie uznała za udowodnione twierdzenia, że Zamawiający nie uwzględnił okoliczności braku wzrostu cen w branży budowlanej. Odwołujący wraz z wyjaśnieniami skierowanymi do Zamawiającego nie przedstawił nie tylko dowodów mających potwierdzać to, że „w ciągu ostatnich lat nie nastąpił wzrost ceny w branży budowlanej", ale też żadnych innych dowodów, które miałby odnosić się do ogólnikowych twierdzeń zawartych w samych wyjaśnieniach z pisma z dnia 9 listopada 2015 r. o dostępie do materiałów budowlanych w cenach hurtowych i możliwości ich zakupu bez marży i narzutów, posiadaniu własnego zaplecza, czy wieloletnich, korzystnych dla niego, kontaktach z podwykonawcami. Zauważenia wymaga też to, że twierdzenie takie (o braku wzrostu cen w branży budowlanej) nie zostało w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. w ogóle zawarte. Wszystko to nie pozwoliło Izbie przyjąć, że Odwołujący sprostał nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązkowi, tj. wykazał Zamawiającemu w trybie procedury opisanej w przepisie art. 90 ustawy Pzp, że przyjęte przez niego ceny jednostkowe są rynkowe, a co za tym idzie, że zaoferowana przez niego cena ofertowa nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odwołaniu odnosił się ponadto Odwołujący do podobieństwa przedmiotu zamówienia do zakresu prac zrealizowanych na rzecz gminy K. Okoliczność ta nie mogła mieć jednakże znaczenia dla rozstrzygnięcia, albowiem fakt ten nie został przywołany w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. złożonych Zamawiającemu. Nie został też przedstawiony Zamawiającemu w odpowiednim terminie jakikolwiek dowód odnoszący się do tej roboty budowlanej, a składanie takich dowodów wraz z odwołaniem ocenione musiało zostać przez Izbę, jako działanie podjęte po terminie, albowiem to w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany

przedstawić Zamawiającemu odpowiednie dowody wykazujące, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Składanie ich w toku postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym. Na obecnym etapie postępowania Izba, w granicach okoliczności faktycznych przywołanych w odwołaniu, władna jest jedynie ocenić czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych mu w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień.

Art. 91 ust. 1

79. Sygn. akt: KIO 2538/15, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2015 r.

Zamawiający w pkt 12 siwz określił trzy kryteria oceny ofert, przy czym kryterium „Oferowana cena brutto" przypisał wagę 80%. W powyższym punkcie Zamawiający również podał wzór, za pomocą którego będzie wyliczał punkty. Istotą sporu w rozpoznawanej sprawie jest ustalenie rozumienia kryterium określonego przez Zamawiającego jako „Oferowana cena brutto", ponieważ Zamawiający nie zawarł w siwz definicji tego określenia.

Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa 16 – rzędowego tomografu komputerowego ze strzykawką systemem PACS i teleradiologii wraz z wykonywaniem opisów badań. Wobec tego nie budzi wątpliwości Izby, że sporządzanie opisów badań jest jednym ze składników przedmiotu zamówienia. Jednak treść, przytoczonego powyżej wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz, w szczególności § 3 i 4 wskazuje, że to po stronie Zamawiającego leży obowiązek obsady lekarza radiologa, którego zadaniem będzie sporządzanie opisów badań. Powyższe nie sprzeciwia się jednak temu, aby Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania mógł żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przestawienia w ofercie kosztu opisu badań TK, zarówno planowego jak też pilnego. Za przekonywujące należy uznać wyjaśnienia Zamawiającego złożonego w toku rozprawy, że w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia może wystąpić sytuacja, iż Zamawiający będzie zmuszony do zlecenia wykonawcy wykonania opisu, któregoś z ww. badań. W związku z tym już na obecnym etapie Zamawiający chce znać koszty, który są dla niego bardzo istotne.

W zakresie rozpoznania powyższego zarzutu nie sposób również pominąć treści i konstrukcji Formularza ofertowego, który stanowił załącznik nr 1 do siwz. W części „Zobowiązanie wykonawcy" w pkt od 1 do 4 Zamawiający żądał podania konkretnych kwot odnoszących się do poszczególnych czynności, które w złożonej ofercie zobowiązywał się realizować wykonawca. W tym: w pkt 3 i 4 wykonawca miał podać kwoty netto i brutto, które winien będzie zapłacić Zamawiający za wykonanie opisu badania TK planowego i pilnego. Bezspornym jest, że kwota brutto podana w pkt 2 odnosi się do innego kryterium niż „Oferowana cena brutto", bowiem jest przyporządkowana do oceny w ramach kryterium „Cena badania dodatkowego (ponad limit)". Wobec tego podlega wyłączeniu z wyliczenia, zawartego w części „Zobowiązanie wykonawcy" – załącznika nr 1 do siwz. Tym samym pozostałe kwoty brutto zawarte w pkt 1, 3 i 4 podlegają zsumowaniu i wyliczeniu w oparciu o wzór wskazany w pkt 12 siwz (str. 9).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, który w ramach ww. kryterium przyznał ofercie Odwołującego 71,53 pkt, natomiast ofercie Przystępującego maksymalną liczbę pkt, tj. 80 pkt. W związku z tym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy.

80. Sygn. akt: KIO 2692/15, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż otrzymał od Zamawiającego w dniu 11 grudnia 2015 r. (w odpowiedzi na wniosek z 10.12.2015 r.) arkusz oceny jego oferty zawierający wyszczególnienie ilości punktów, jakie były przyznane przez sześciu Członków Komisji w obu kryteriach pozacenowych. Stąd twierdzenie Odwołującego o braku możliwości wskazania konkretnie, w którym z podkryteriów oceny metodyki Zamawiający powinien przyznać do-

datkowe punkty, w których uśredniona liczba punktów wyniosła 4 pkt (M1), 4 pkt (M2) oraz 3,83 pkt (M3), było gołosłowne. Wykonawca mógł przedstawić argumenty (jeżeli takowe znalazł) pozwalające na przyznanie większej ilości punktów, co wymagało odniesienia się do konkretnych opisów metodyki znanej temu wykonawcy. Analiza uzasadnienia zarzutu skłania do wniosku, iż Odwołujący faktycznie oczekuje zmiany ilości punktów w takim zakresie, aby ostatecznie jego oferta (najdroższa spośród ocenianych) została uznana za najkorzystniejszą, skupiając się wyłącznie na rachunkowym zestawieniu ilości koniecznych do przyznania dodatkowo punktów. W świetle tych okoliczności Izba nie miała podstaw do uznania, iż ocena dokonana przez poszczególnych Członków Komisji naruszała ustalone w siwz zasady oceny ofert. To, że w różny sposób Członkowie Komisji przetargowej oceniali merytorycznie treść oferty Odwołującego, wskazuje na samodzielność tych ocen, a także spowodowane było opisem kryteriów, pozostawiającym swobodę w ocenie, czy uzasadnienie danego działania lub wskazanie ryzyka było dostateczne, czy też kompletne. Jednocześnie Zamawiający przewidział, iż dla ustalenia ilości przyznanych punktów brana będzie pod uwagę średnia z ocen cząstkowych, co miało miejsce w odniesieniu do oceny oferty Odwołującego.

81. Sygn. akt: KIO 2736/15, KIO 2738/15, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2015 r.

Nie było sporne, że Zamawiający w SIWZ wskazał dwa kryteria oceny ofert: „cena" z wagą 80% oraz „realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę" z wagą 20%. W ramach tego kryterium Zamawiający oceniał przyjęcie przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Zasady realizacji tego zobowiązania zostały opisane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Zobowiązanie powyższe dotyczyło dla tej części zamówienia – operatorów pilarki łańcuchowej. Informację o przyjęciu na siebie zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wykonawca miał zamieścić w formularzu oferty (załącznik 1.I.–1.IV. do SIWZ). Brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta wykonawcy, który wskaże, iż zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 20 pkt – sposób obliczania punktów w ramach tego kryterium określony w pkt 14.2 ppkt 2 SIWZ (strona 25).

W formularzach obu ofert uznanych za najkorzystniejsze w obu częściach, w punkcie 8 o treści: „Wykonawca zobowiązuje się/nie zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę", nie skreślono niepotrzebnego zapisu. W ocenie Odwołujących, zgodnie ze sposobem obliczania punktów w ramach kryterium realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wykonawcy powinni uzyskać 0 punktów w przedmiotowym kryterium (wówczas oferty Odwołujących uplasowałyby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert dla każdej z części zamówienia). Tymczasem Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących punktu 8 złożonej oferty, w którym wykonawca zobowiązany był określić czy zobowiązuje się lub nie zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w SIWZ przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Zamawiający wskazał, że z ofert nie wynika ww. zobowiązanie. Wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie wskazali, że każdy z nich „zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę". Na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień Zamawiający zawiadomił ich o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją (art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Zamawiający poprawił oferty obu wykonawców w taki sposób, że wynikało z nich, że „wykonawca zobowiązuje się do reali-

zacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę". W konsekwencji Zamawiający na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień przyjął, że wykonawcy w złożonych ofertach zobowiązali się do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę. Wobec takiego stanu faktycznego, Izba podzieliła stanowisko Odwołujących – powyżej opisane czynności Zamawiającego w obu częściach postępowania były nieprawidłowe i niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a to z następujących powodów:

Po pierwsze wadliwe było w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wywodzenie przez Zamawiającego, że wskazanie w wykazie osób, za pomocą których będzie realizowane zamówienie (składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania odpowiedniego potencjału osobowego), jako podstawy dysponowania, umów o pracę zastępuje oświadczenie, które powinno być złożone w pkt 8 formularza ofertowego. Prawidłowe natomiast w ocenie Izby było stanowisko prezentowane w obu odwołaniach, iż określenie w wykazie osób jako podstawy dysponowania – umów o pracę, jak również załączenie kopii umów o pracę (dokumenty niewymagane w postępowaniu) nie może zastępować żądanego w SIWZ przez Zamawiającego zobowiązania do realizacji zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę. Zakres takiego zobowiązania ma odmienny charakter, niż stosunek pracy łączący strony umowy o pracę (wykonawcę i wskazanych pracowników). Umowy o pracę są zobowiązaniem pomiędzy wykonawcą występującym jako pracodawca, a wskazanym pracownikiem, nie mogą więc gwarantować zamawiającemu realizacji zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę; w tym zakresie brak zobowiązania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, ponieważ takie zobowiązanie nie zostało przez nich złożone. Z załączonego do SIWZ projektu umowy również w ocenie Izby nie wynikało, że wykonawcy zobowiązani będą zachować ciągłość umów o pracę, zawartych z osobami z wykazu. Zatem jedyne źródło zobowiązania do realizacji zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wynikało wyłącznie z pkt 8 formularza ofertowego, którego wykonawcy, których oferty Zamawiający uznał za najkorzystniejsze – nie wypełnili. Oświadczenie w tym zakresie zostało zatem *de facto* dodane przez Zamawiającego już po otwarciu ofert. W ocenie składu orzekającego jest to nie tylko niedozwoloną zmianą oferty, ale może prowadzić do manipulacji rankingiem złożonych ofert. W niniejszym stanie faktycznym okazało się bowiem, że nie wszystkie osoby z wykazu osób posiadają określone uprawnienia, dlatego trzeba wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Na rozprawie Przystępujący przyznał, że jedna osoba ujęta w wykazie nie ma uprawnień powyżej 20 cm, ale takie uprawnienia mają dwie inne osoby, którymi może dysponować, jednak nie zostały one ujęte w wykazie, ponieważ są zatrudnione na umowę zlecenie. W takich okolicznościach Przystępujący wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia zawodowego może wskazać inne osoby, niż określone w wykazie – i zatrudnione na podstawie umowy zlecenia. Powyższe prowadzi do wniosku, że podstawy dysponowania osobami ujętymi w wykazie załączonym do oferty nie mogą determinować treści oświadczenia, które powinno być złożone w pkt 8 formularza ofertowego, będącego podstawą przyznania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Wykonawca, w zależności od miejsca, na którym uplasował się w rankingu ofert, mógłby decydować, czy wyrazić zgodę na poprawienie przez Zamawiający omyłki, czy też nie. W niniejszym postępowaniu wykonawcy, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, będą wezwani do uzupełnienia dokumentów dotyczących potencjału osobowego, a od wyniku tego wezwania nie można uzależniać, jaka treść zobowiązania zostanie ostatecznie ukształtowana w pkt 8 formularza ofertowego. W konsekwencji w niniejszym stanie faktycznym w ocenie składu orzekającego Zamawiający nie może przyznać wykonawcom punktów w kryterium cenowym; powinien w tymże kryterium przyznać 0 punktów, zgodnie zresztą z postanowieniami SIWZ (14.2 ppkt 2 SIWZ).

Art. 91a – 91c
[aktualnie art. 91a – 91 e]

82. Sygn. akt: KIO 2275/15, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2015 r.

Aukcja elektroniczna jest specyficzną dogrywką wykonawców, którzy w trakcie jej trwania, na warunkach określonych przez zamawiającego mają szansę i możliwość bezpośredniej walki o dane zamówienie. Walki uczciwej i zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Skoro zatem wykonawca składający postąpienie (postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, art. 91c ust. 2 ustawy Pzp), składa *de facto* korzystniejszą od wcześniej oferowanej – ofertę (oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, art. 91c ust. 4 ustawy Pzp), to oferta ta, po zakończeniu aukcji może być dodatkowo badana. Zdaniem Izby stanowisko powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do etapu postępowania, tj. trwania aukcji, cyt. „W toku aukcji elektronicznej wykonawcy (...)". Również wyłączenia ze stosowania przepisów: art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86–89 ustawy Pzp, wymienione w zdaniu drugim komentowanego przepisu, odnoszą się do czasu „trwania aukcji". Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający po zakończonej aukcji elektronicznej, ma ustawowy obowiązek zbadać „nowe" oferty w zakresie np. przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, ze względu na specyfikę aukcji elektronicznej, nie da się, po jej zakończeniu przeprowadzić procedury opisanej przepisami art. 87 ustawy Pzp. Niemniej, jeżeli w toku prowadzonej aukcji, wystąpią okoliczności, których ujawnienie mogłoby prowadzić do zachwiania zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zamawiający po zakończeniu aukcji winien zbadać, czy przeprowadzonej aukcji nie należałoby unieważnić.

Taka okoliczność wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w trakcie jej trwania otrzymał informację od przystępującego, że „W ostatnim złożonym zamówieniu wystąpiła oczywista pomyłka pisarska, polegająca na wpisaniu błędnej wartości 1 305 000,00 zamiast 13 005 000,00. Prosimy o uwzględnienie pomyłki i zmianę złożonej przez nas oferty." Powyższa informacja został przesłana zamawiającemu w trakcie prowadzonej aukcji, w dniu 6.10.2015 r., o godz. 10:20:27. Skoro zatem, w toku aukcji wyłączona została możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty przystępującego. Wyjątkowość aukcji elektronicznej, w trakcie której nie jest możliwe (ze względu na wyłączenie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp) poprawienie oferty, czy wyjaśnienia jej treści powoduje, iż po jej zakończeniu zamawiający musiał podjąć odpowiednie kroki w celu wyeliminowania wadliwości prowadzonego postępowania. W związku z powyższym zamawiający nie miał innej możliwości i miał obowiązek unieważnić aukcję z dnia 6 października 2015 roku. Nie jest bowiem zasadne by tymi samymi przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych w sposób odmienny traktować różnych wykonawców. Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość skorygowania treści oferty w przypadkach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to w przypadku aukcji elektronicznej taka „korekta" możliwa jest tylko w trybie unieważnienia aukcji i ponownego jej przeprowadzenia.

Art. 91 ust. 3a

83. Sygn. akt: KIO 1966/15, Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r.

(...) nawet gdyby przyjąć, że wykonawca w sposób niewłaściwy wskazał na rozłożenie obowiązku podatkowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to zdaniem Izby, działanie takie nie może być rozpatrywane w kategorii błędu w obliczeniu ceny i nie może wywoływać skutku w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W analizo-

wanym postępowaniu, mając na uwadze to, że ceny ofert zostały obliczone z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT (cena brutto), okoliczność kto ma być płatnikiem podatku VAT (dostawca czy odbiorca) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty. Informacja, jaką w oparciu o art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 roku zmieniającej ustawę o VAT (...) podali wykonawcy w tym postępowaniu dotycząca: kwoty podatku od towarów i usług, jaka została doliczona do ceny oferty, możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego wraz ze wskazaniem nazwy towaru lub usługi, których dostawa będzie prowadzić do jego powstania oraz ich wartości bez kwoty podatku VAT, miała jedynie charakter deklaratoryjny. To na zamawiającym spoczywa obowiązek, w celu dokonania oceny ofert poprawienia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. W świetle powyższego nie można sytuacji podania niewłaściwego rozkładu ciężaru obowiązków podatkowych porównywać z sytuacją zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT do obliczenia ceny oferty.

84. Sygn. akt: KIO 2263/15, Wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r.

Izba stwierdziła, że wykładnia art. 91 ust. 3a ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji odnośnie tego czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego odnosi się wyłączenie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Wniosek taki należy wyprowadzić dokonując wykładni całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Zdaniem Izby ustalenie normy prawnej znajdującej zastosowanie w analizowanej sprawie nie może nastąpić wyłącznie w oparciu o analizę zdania drugiego art. 91 ust. 3a Pzp z pominięciem treści zdania 1. Jak słusznie wskazywali w trakcie rozprawy zamawiający i przystępujący, przepis art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp wyraźnie nawiązuje do zd. 1, choćby w ten sposób, że odczytywany samodzielnie nie precyzuje o jaki obowiązek podatkowy w jakim podatku chodzi. Dopiero łączna analiza obydwu zdań prowadzi do wniosku, że chodzi o obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług. Powyższe musiało prowadzić do wniosku, iż ustalenie normy prawnej wymaga dokonania analizy całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Jak wynika ze zdania 1, hipoteza tego przepisu dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT u zamawiającego. Ustawodawca użył bowiem słów „jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług ...". Zatem obowiązek informacyjny, o którym mowa w zd. 2, dotyczy również takiej sytuacji.

85. Sygn. akt: KIO 2400/15, KIO 2411/15, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2015 r.

Ustawodawca w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp statuuje dwa obowiązki odnoszące się do dwóch odrębnych podmiotów. W pierwszej bowiem części przywołanej regulacji nakłada na zamawiającego obowiązek doliczenia do przedstawionej przez wykonawcę ceny podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć w przypadku, gdy wykonawca złożył ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatki od towarów i usług. W drugiej zaś części przywołanej regulacji ustawodawca statuuje obowiązek wykonawcy wskazując, iż to właśnie wykonawca informuje zamawiającego czy wybór jego ofert będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Ustawodawca nie przewidział żadnej specjalnej formy dla powyższego oświadczenia wykonawcy, wskazując wyłącznie, iż informacja taka winna być złożona wraz z ofertą. (...)

Sam fakt przekazania takiej informacji przez wykonawcę ogranicza się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie zwalnia zamawiającego od prawidłowego ustalenia i odprowadzenia podatku. Informacja przekazana przez wykonawcę ma charakter informacyjny i służy zapewnieniu porównywalności ofert.

Dalej wskazać należy, że ustawodawca używając określenia „czy wybór oferty będzie prowadził...” jednoznacznie wskazał, że wykonawca winien złożyć wraz z ofertą informację pozytywną lub negatywną. Gdyby bowiem celem ustawodawcy był wyłącznie nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia pozytywnego (tj. wyłącznie oświadczenia o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego), to zbędne byłoby posłużenie się określeniem „czy”. Ustawodawca nie wprowadził szczególnego trybu postępowania w związku z brakiem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. W związku z tym sięgnąć należy do istniejących regulacji. W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy wynikające z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp jest częścią szeroko rozumianej oferty wykonawcy. Winno być one złożone wraz z ofertą, jest oświadczeniem wykonawcy o przyjętej przez niego wykładni przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i ich wpływu na sposób obliczenia ceny. Brak złożenia stosownego oświadczenia winien być wyjaśniony przez Zamawiającego właśnie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Trudno bowiem przyjęć, iż celem ustawodawcy było przyjęcie skutku automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wraz z ofertą informacji o obowiązku podatkowym, o którym mowa art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. (...)

Mając na uwadze powyższe Izba stoi na stanowisku, że brak złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą informacji o powstaniu bądź nie u zamawiającego obowiązku podatkowego o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp winna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skutki zaś złożonych wyjaśnień winny być analizowane w konkretnym stanie faktycznym. W sytuacji bowiem, gdy z treści oferty wynika pośrednio brak obowiązku podatkowego zamawiającego, to wówczas treść złożonych wyjaśnień będzie wyłącznie formalnym dopełnieniem obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy złożenie oferty będzie skutkować obowiązkiem podatkowym u zamawiającego, zaś wykonawca ani pośrednio ani bezpośrednio informacji takiej nie zawarł w treści oferty. Sytuację taką zamawiający winien przeanalizować pod kątem istotności zmiany, a w tym w szczególności poprawności obliczenia ceny. (...)

Brak złożenia odpowiedniej informacji przez Konsorcjum winien skutkować wezwaniem tego wykonawcy przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień czy w związku ze złożeniem oferty wystąpi obowiązek podatkowy u Zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Dopiero po uzyskaniu powyższej informacji Zamawiający może ponownie ocenić oferty i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślić przy tym należy, że w omawianym stanie faktycznym oświadczenie to będzie wyłącznie dopełnieniem formalnego uchybienia obowiązkowi poinformowania zamawiającego o powstaniu bądź nie obowiązku podatkowym. Nie będzie ono miało wpływu na merytoryczną zawartość oferty i nie będzie wpływać na zmianę jej treści, gdyż to właśnie z niej pośrednio wynika, że złożenie przez Konsorcjum oferty nie powoduje u Zamawiającego powstania obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

Art. 92 ust. 1 pkt 1

86. Sygn. akt: KIO 2697/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Z informacji o wyniku prowadzonego postępowania, przekazanej przez zamawiającego wynikało, że oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą pod względem kryterium ceny, oraz najmniej korzystną w zakresie drugiego kryterium oceny ofert, tj. pod względem „Wartości Technicznej”. Z protokołu indywidualnej oceny oferty odwołującego i punktacji w ramach kryterium „Wartość Techniczna” dokonanej przez członków komisji przetargowej wynika, że odwołujący uzyskał maksymalną ilość punktów w Podkryterium 1 „Zarządzanie harmonogramem i zasobami ludzkimi”, natomiast w Podkryterium 2 „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia” uzyskał 0 punktów. Jako uzasadnienie braku przyznania punktów wskazano w każdym przypadku „Brak poprawnego merytorycznie uzasadnienia zgodnie z pkt 19.9.2.2.1 SIWZ”.

Izba uznaje za zasadne stanowisko, zgodnie z którym zakres informacji podawanych przez zamawiającego wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej nie musi być w każdym postępowaniu taki sam, lecz może być ustalany z uwzględnieniem specyfiki konkretnego postępowania, w szczególności stosowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Przykładowo w sytuacji stosowania przez zamawiającego stosunkowo jednoznacznych i łatwych w stosowaniu kryteriów oceny ofert wystarczającym uzasadnieniem decyzji o wyborze będzie wskazanie, iż była to oferta z najniższą ceną (gdy cena jest jedynym kryterium) albo że uzyskała ona najwyższą ocenę ze względu na najlepsze spełnienie poszczególnych kryteriów. Ponadto, przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może być traktowany, jako obowiązek przyznawania punktów w kryteriach oceny ofert. Pomimo zatem, iż nakazuje on upublicznienie wyników oceny ofert w postaci punktacji, w przypadku zastosowania metody oceny bez stosowania punktów przepis ten winien być czytany tak, aby informacja o ocenie ofert była kompletna i porównywalna (...). Za uzasadniającą konieczność bardziej szczegółowego uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej należy natomiast uznać taką sytuację, w której do oceny ofert składanych w postępowaniu wykorzystywane są kryteria bardziej skomplikowane, w szczególności kryteria nacechowane dozą subiektywizmu, dowolności w ocenie i kompleksowością. (...)

W niniejszym stanie faktycznym jest to tym bardziej uzasadnione ze względu na przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert jak również podkryteria (wytyczne) zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 19.9.2. Izba stwierdziła, że z uwagi na brak udostępnienia stosownej oceny merytorycznej dokonanej przez członków Komisji Przetargowej – miało miejsce rzeczywiste uniemożliwienie faktycznej kontroli czynności zamawiającego. Odwołujący, po zapoznaniu się z merytoryczną podstawą oceny będzie mógł ewentualnie odnieść się do takiej oceny poprzez zastosowanie środków ochrony prawnej. Jak słusznie bowiem wskazał odwołujący brak podania szczegółowej oceny jego oferty, w kryteriach oceny oferty „Wartość Techniczna", które *de facto* są nacechowane dużą dozą subiektywności, chociażby przy ocenie parametru, cyt. „wskazania poprawnego merytorycznie uzasadnienia dla swojego wyboru wg. wymagań określonych w .....", uniemożliwia odwołującemu merytoryczne odniesienie się do oceny dokonanej przez zamawiającego. Dlatego też w ocenie Izby, mimo profesjonalnego przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW), zamawiający nie dochował należytej staranności przy czynności dotyczącej poinformowania odwołującego o szczegółowej ocenie złożonej przez niego oferty, co z kolei miało wpływ na zachowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

87. Sygn. akt: KIO 2300/15, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2015 r.

(...) Odwołujący w sposób arbitralny przyjął, że Zamawiający może zwiększyć środki finansowe na realizację zadań nr I i III, jak również w sposób nieuprawniony przyjął, że Zamawiający nie dokonał analizy możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie przedmiotowych zadań oraz, że winien w sposób szczegółowy dowodzić wykonawcy, że przeprowadził tego rodzaju analizę oraz niejako tłumaczyć się wykonawcy i przedstawiać mu dowody, dlaczego zajął negatywne stanowisko w tym przedmiocie. Zasadnie podnosił Zamawiający, że brak jest podstaw prawnych, by domagać się od zamawiającego, jakiegoś szczegółowego sposobu dokumentowania procesu decyzyjnego, w wyniku którego zajęto stanowisko o braku możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację danego zadania.

W ocenie składu orzekającego Izby, dla rozumienia normy prawnej zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, konieczne jest całościowe spojrzenie, w tym wzięcie pod uwagę perspektywy historycznej. Obecne brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązuje od 29 stycznia 2010 r. *[tj. od wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Pzp*

oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223 poz. 1778) – przyp. red]. Wcześniej przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowił, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis nie zawierał zastrzeżenia „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty", co powodowało istotne problemy praktyczne i stanowiło dla zamawiających barierę do wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero wskutek nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2009.223.1778) powyższe zastrzeżenie zostało dodane do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu ustawy nowelizującej wskazano, że „(...) proponowane przepisy mają na celu jednoznaczne przyznanie zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty, którą przeznaczy na sfinansowanie zamówienia w porównaniu z kwotą, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 93 ust. 1a). Rozwiązanie to służyć ma wyeliminowaniu wątpliwości interpretacyjnych, które zaistniały w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którymi – wbrew literalnemu brzmieniu art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – na zamawiającym ciąży obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli najkorzystniejsza oferta zawiera cenę wyższą od kwoty, którą zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Kwota, którą zamawiający podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert, jest jedynie jego deklaracją na temat środków finansowych, jakie w danym momencie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W trakcie postępowania kwota środków znajdujących się w jego dyspozycji może jednak ulec zmianie. W szczególności, po otwarciu ofert, zamawiający będzie mógł zwiększyć ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, jeżeli deklarowana przez niego wcześniej kwota odbiega od ceny oferty najkorzystniejszej. (...) Jednocześnie proponuje się zmianę art. 93 ust. 1 pkt 4 w taki sposób, aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli cena oferty z najniższą ceną przekracza kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

Ratio legis wprowadzonych zmian było więc otworzenie zamawiającemu możliwości (podkreślenie Izby) [*podkreślenie Izby dotyczy słowa możliwości – przyp. red.]* wyboru oferty z ceną przewyższającą wartość wskazaną przez zamawiającego, jako kwotę możliwą do przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy to zamawiający – a nie żaden inny podmiot – widzi tego rodzaju możliwość i celowość takiego kierunku działań. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zawiera więc zastrzeżenie, które winno być postrzegane, jako wprowadzone „na korzyść" zamawiającego. Możliwość zwiększenia budżetu na dane zamówienie (zadanie) nie powinna być przy tym postrzegana jedynie na płaszczyźnie możliwości uzyskania wyższych środków finansowych niż przewidziane do wydatkowania, (przykładowo poprzez wewnętrzne przesunięcia środków finansowych) ale równie istotne jest postrzeganie tej możliwości w kontekście m.in. celowości i gospodarności wydatkowania środków finansowych. Zamawiający mając nawet możliwość zwiększenia środków może przecież uznać, że wydatkowanie wyższej sumy niż przewidziana nie będzie dla niego działaniem uzasadnionym ekonomicznie i zgodnym z własnymi planami czy priorytetami działalności. Jest to szczególnie widoczne w sytuacji, gdy zamawiający przewiduje przykładowo przeprowadzenie aukcji elektronicznej, a więc dąży do uzyskania od wykonawców m.in. możliwie najkorzystniejszych cen. „Przymuszanie" niejako zamawiającego do wydatkowania wyższych kwot na jedyną tylko ofertę, gdy nie było możliwym przeprowadzenie aukcji elektronicznej, a więc w sytuacji odbiegającej od założeń i kierunku działań zamawiającego, musi tym bardziej jawić się, jako wykraczające poza dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp i niezgodne z celem zawartego w nim unormowania. Zastrzeżenie zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, musi więc być wykładane jedynie, jako uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. (...)

W przypadku, gdy przepis prawa przewiduje jedynie uprawnienie do zwiększenia kwoty (a nie obowiązek zwiększenia tej kwoty, nawet w sytuacji posiadania środków finansowych)

czynienie zamawiającemu zarzutu z faktu nie zwiększenia tej kwoty wymaga szczególnie ostrożnego podejścia, a przede wszystkim rzeczowych podstaw, a nie jedynie ogólnych stwierdzeń przedstawianych przy tym tylko w ujęciu korzystnym dla wykonawcy. W niniejszej sprawie, Izba nie uznała by tego rodzaju podstawy zaistniały, Odwołujący bynajmniej podstaw tych, zdaniem Izby, nie wykazał.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

88. Sygn. akt: KIO 2354/15, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Izby choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszelkie stany faktyczne obejmujące jakiekolwiek błędy zamawiających popełnione w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Skoro w aktualnym stanie prawnym literalne brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 1–6 pzp, do którego odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, co do zasady zawiera wąski i ścisły katalog wad postępowania, które miałyby uprawniać zamawiających do jego unieważnienia, należy zachować daleko idącą ostrożność przy powoływaniu się na zaistnienie wady objętej klauzulą generalną z art. 146 ust. 6 pzp. W toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp, jednak nie w każdym przypadku powoduje to powstanie wady rzutującej na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu ze wskazaniem takiego naruszenia konkretnego przepisu lub przepisów ustawy pzp, które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Art. 94 ust. 3

89. Sygn. akt: KIO 2626/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r.

(...) przepis art. 94 ust. 3 Pzp stwarza zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a jednocześnie nie zachodzi żadna z przesłanek do unieważnienia postępowania.

Należy zauważyć, iż w razie skorzystania przez Zamawiającego z instytucji przewidzianej w przepisie art. 94 ust. 3 Pzp, dopiero wtedy można mówić o ziszczeniu się celu prowadzonego postępowania, o którym mowa w art. 2 pkt 7a Pzp, gdyż to z wykonawcą wybranym w ten sposób, a nie z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem składu orzekającego Izby z samego brzmienia definicji postępowania sformułowanej w art. 2 pkt 7a Pzp wynika wprost, iż za zakończenie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać wybór wyko-

nawcy dokonany przez zamawiającego w trybie art. 94 ust. 3 Pzp. Wobec tego bezpodstawne jest wywodzenie z brzmienia jakichkolwiek innych przepisów lub systematyki ustawy Pzp, iż czynność Zamawiającego podjęta na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp nie mieści się już w ramach prowadzonego przez niego postępowania. Odnośnie systematyki ustawy Pzp można jedynie zauważyć, iż również przepis art. 94 ust. 3 Pzp został zawarty w rozdziale 4 Wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast istotne jest, iż to dopiero ostatni w tym rozdziale art. 95 Pzp dotyczy czynności dokonywanej przez Zamawiającego już po zakończeniu postępowania, określając wymóg niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego – po zawarciu umowy z wykonawcą, którego ten wybór dotyczył. Również to potwierdza, iż w przypadku dokonania wyboru na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp nie można uznać uprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej za zakończenie postępowania, gdyż jest nim dopiero wybór prowadzący do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci udzielenia zamówienia publicznego, o którym zamawiający ma obowiązek poinformować w ogłoszeniu. Zdaniem składu orzekającego Izby sztuczne wyłączenie czynności zamawiających podjętych na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jako niemieszczących się w ramach prowadzonych przez nich postępowań, powodowałoby niedopuszczalny brak jakiejkolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej również przewidzianych przepisami tej ustawy.

Art. 96 ust. 3

90. Sygn. akt: KIO 2610/15, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r.

Pomimo przesłania w dniu poprzedzającym rozprawę protokołu postępowania, na co wskazał sam Odwołujący, za zasadny należy uznać również zarzut zaniechania udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami odnośnie przebiegu postępowania po 16 kwietnia 2015 r. Zamawiający nie przesłał bowiem załączników do protokołu, a ich lista, sprowadzająca się do raptem czterech punktów, z pewnością jest niekompletna, również w odniesieniu do dokumentacji narosłej po tej dacie (brak jest np. oświadczeń o przedłużeniu związania ofertą, odpisu wyroku sądu okręgowego). Przede wszystkim Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się na rozprawie do tego zarzutu, a tym samym nie zaprzeczył, że nie reagował na wnioski Odwołującego o udostępnienie dokumentacji. Znajduje to również potwierdzenie w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego, w której znajdują się jedynie pisma kierowane w tym zakresie przez X.

Art. 139

91. Sygn. akt: KIO 1869/15, Wyrok KIO z dnia 11 września 2015 r.

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, w więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353^1 k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego 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.

92. Sygn. akt: KIO 2014/15, Wyrok KIO z dnia 28 września 2015 r.

(...) zgodnie z art 353^1 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 publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość *essentialiae i incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia. (...)

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353^1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowa-

dzonym 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". Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353[1] 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[1] 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." Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353[1] k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron."

93. Sygn. akt: KIO 2038/15, Wyrok KIO z dnia 5 października 2015 r.

W ocenie Izby kara umowna ma celu zabezpieczenie wierzyciela przed szkodą wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Po pierwsze, zamówienie publiczne służy zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości; realizacji celów i zadań publicznych. Nie sposób zgodzić się, by zamawiający realizując tak pojęty interes publiczny, mógł przyjmować na siebie ryzyko niepowodzenia przedsięwzięcia, stanowiącego przedmiot zamówienia. Przeciwnie, każdorazowo zamawiający, reprezentując interes publiczny, winien podjąć starania, by przedmiot zamówienia został dostarczony na czas i w wymaganym zakresie realizował swoje funkcje w sposób maksymalnie optymalny. Zamawiający nie powinien więc rezygnować, a przeciwnie – winien dołożyć zwiększonej staranności, by zabezpieczyć niezakłóconą realizację zamówienia i uzyskanie jego efektów. Temu celowi mogą i powinny służyć także instrumenty właściwe prawu cywilnemu, jakimi są kary umowne, mające znaczenie nie tylko rekompensowania poniesionej szkody, ale także działające w sposób dyscyplinujący wykonawcę zamówienia publicznego do jak najstaranniejszego działania. Trzeba pamiętać, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach podwyższonej staranności, w obrocie profesjonalnym. Wystąpienie zdarzeń mogących stanowić podstawę do naliczenia kar umownych winno być zatem rozpatrywane także w kategorii uchybienia w realizacji zamówienia, które – wobec profesjonalnego wykonawcy – należy uznawać za takie, co do których podejmowane będą maksymalne starania, by nie miały miejsca. Wysokość kar umownych winna uwzględniać nie tylko szkody, jakie mogą być poniesione przez zamawiającego w wyniku niedoskonałości w wykonywaniu zamówienia przez danego wykonawcę, ale także

powinna uwzględniać ryzyko zaistnienia zdarzeń stanowiących podstawę naliczenia takich kar, a także skutki wystąpienia takich zdarzeń. Oznacza to tyle, że Zamawiający ma prawo wprowadzić efektywne instrumenty zapewniające stabilną i niezakłóconą realizację zamówienia, w tym również poprzez środki kontraktowe w postaci kar umownych w odpowiedniej wysokości i związanych z zaistnieniem określonych zdarzeń. To wykonawca, zawierając umowę i zobowiązując się do jej wykonania w umówionym zakresie, staje się gwarantem, że zdarzenia, które mogą pociągać za sobą naliczenie kar umownych, nie nastąpią. To zatem wyłącznie od wykonawcy zależy, czy i jak wykona przyjęte przecież przez siebie ze wszystkimi skutkami, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru swojej działalności, zobowiązanie i czy w związku z tym spadnie na niego skutek w postaci konieczności zapłaty odpowiednich kar umownych. Nie ma przecież obowiązku przyjęcia na siebie realizacji zamówienia publicznego – umowa w sprawie zamówienia publicznego jest zobowiązaniem podejmowanym dobrowolnie, które wykonawca - mając przecież wiedzę o swoim potencjale i możliwościach realizacyjnych – może na siebie przyjąć, lub uznać, że nie podoła realizacji zadania, zgodnie z jego zakresem określonym przez zamawiającego. Ziszczenie się zdarzeń skutkujących naliczeniem kar umownych leży więc w wyłącznej gestii wykonawcy. Nie sposób kwestionować przy tym uprawnienia zamawiającego, do zabezpieczenia własnego interesu (czy dokładniej: interesu publicznego realizowanego w swojej działalności), za pomocą tego rodzaju środków dyscyplinujących wykonawcę do starannego działania, jakimi są kary umowne. Następnie, dostrzeżenia wymaga, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są one zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy. Poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy) dostrzeżenia wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych.

W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacjom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdą do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353^1 kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ponadto, instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz

wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do nadużycia przez zamawiającego uprawnień, a w konsekwencji, może znaleźć zastosowanie art. 484 § 2 ustawy Kc (miarkowanie wysokości kary umownej). Powyższe może wtedy stanowić podstawy normatywne kontroli działań zamawiającego. Wszelkie hipotezy i domniemania odwołującego, nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z umowy. W grę wchodzi następnie, na etapie wykonywania umowy, miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego. Na obecnym etapie jednak, to jest przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kc. Nie znalazły więc potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 353^1 Kc, jako dotyczące przyszłej umowy łączącej zamawiającego z wybranym wykonawcą. Dlatego też zakres opisanych okoliczności stanowiących podstawę dla zamawiającego do naliczenia kary, uznać należało za prawidłowy.

94. Sygn. akt: KIO 2399/15, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z wysokością kar umownych, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, co słusznie podkreślił na rozprawie Zamawiający. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, w więc 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. 353^1 kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego 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.

95. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r.

W ocenie Izby, ustalona wysokość kary umownej za naruszenia opisane w lit. c i d uzależniona od wartości brutto umowy w danym miesiącu stwierdzenia naruszeń nie uwzględnia charakteru przedmiotowej usługi oraz może wypaczać cel kary umownej, jakim ma być naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. Zamawiający jedynie wskazywał na potrzebę zdyscyplinowania wykonawcy do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności wskazywanych przez Odwołującego, a dotyczących w szczególności dużej swobody w stwierdzeniu przez Zamawiającego wystąpienia części wad (oceniane na poziomie sensorycznym), jak również możliwość naliczenia kary umow-

nej za każdą z wad stwierdzoną w jednym posiłku (nie rozumianym jako jedna porcja dla pacjenta, ale dania wydawanego pacjentom). Jednocześnie Izba miała na uwadze, iż cena brutto wynagrodzenia miesięcznego ustalana jest na podstawie ceny ryczałtowej osobodnia, których ilość oszacowana została przez Zamawiającego na poziomie 320 osobodni/półrocze. Oznacza to, iż średnia ilość osobodni w miesiącu wyniesie niecałe 50, stąd ustalenie wysokości kary umownej na poziomie 10% (czyli średnio ok. 5 osobodni) znacząco przekraczać mogłaby szkody, jakie powstałyby po stronie Zamawiającego w związku z pojedynczą wadą.

Art. 142 ust. 5

96. Sygn. akt: KIO 2546/15, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 Ustawy, przy umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy należy ustalić zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Przedmiotowe zamówienie realizowane ma być na podstawie umowy zawartej na okres 4 lat (pkt II.2 i 3 siwz), co wskazuje na obowiązek Zamawiającego ustalenia zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu lub zdrowotnemu, albo wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Zasady te powinny umożliwiać dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od momentu wejścia w życie nowych przepisów, jeżeli będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia. W wyniku dokonanej modyfikacji postanowień siwz zniesione zostało ograniczenie niezmienności ceny przez okres 30 miesięcy, a obecnie do pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia może dojść po upływie pełnego roku kalendarzowego od momentu zakończenia okresu niezmienności ceny, wynoszącym 12 miesięcy. Zapisy dotyczące okresu, po jakim możliwa będzie zmiana wysokości wynagrodzenia nie uległy zmianie, gdyż tak przed, jak i po modyfikacji siwz obowiązuje wymóg upływu pełnego roku kalendarzowego od momentu zakończenia okresu niezmienności ceny. Zasadniczo zmiana okresu niezmienności ceny z 30 miesięcy na 12 miesięcy nie wpływa na ocenę zapisów siwz, gdyż nadal do pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia może dojść dopiero po upływie pełnego roku po okresie niezmienności ceny, skróconego obecnie do 12 miesięcy świadczenia usługi. W ocenie Izby, wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie czasowe dla dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia narusza przepisu Ustawy w ten sposób, iż uniemożliwia dokonanie zmiany wynagrodzenia wskazanego w umowie po upływie 12 miesięcy świadczenia usługi, jeżeli po tym okresie nastąpiłaby zmiana czynników regulowanych ustawowo, a wpływających na koszty świadczenia usługi. W sytuacji gdyby do zmiany przepisów określających wysokość stawki podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie doszło w tym okresie, a wpływałoby to na zwiększenie kosztów świadczenia usługi, wykonawca mógłby wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia najwcześniej po upływie 24 miesięcy (a przed zmianą siwz po upływie 42 miesięcy). Przy takim scenariuszu, zapis siwz i umowy, wprowadzający dodatkowy okres, ponad okres niezmienności ceny, należało uznać za naruszający z art. 142 ust. 5 Ustawy, w którym wprowadzony nakaz określenia zasad zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia okoliczności w nim wskazanych dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W ocenie Izby, ustalenie zasad, w których możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostaje przyznana dopie-

ro po upływie kolejnych miesięcy następujących po roku świadczenia usługi, stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu. Skoro ustawodawca wskazał na potrzebę uregulowania zasad zmiany wynagrodzenia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, to zmiany te mogą okazać się konieczne już w pierwszych miesiącach po upływie roku świadczenia usługi. Jedynym ograniczeniem ustawowym możliwości dokonania zmiany wynagrodzenia, jest brak wykazania wpływu na wysokość kosztów związanych z wykonaniem umowy. Powoduje to potrzebę każdorazowego przeanalizowania zmiany przepisów i ich wpływu na realizowaną przez wykonawcę umowę. W tym znaczeniu automatyzm mechanizmu zmiany wysokości wynagrodzenia nie może być postulowany. Zasady zmiany powinny natomiast umożliwiać stronom wystąpienie z wnioskiem w przypadku, gdy zmiana przepisów wpływa na wysokość kosztów realizacji umowy.

97. Sygn. akt: KIO 2594/15, KIO 2601/15, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2015 r.

Dostrzeżenia także wymaga, że Zamawiający w umowie przewidział klauzulę waloryzacyjną w oparciu o art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący twierdzili, że klauzula nie będzie mogła być użyta, bo zmiany przepisów prawa w zakresie stawki najniższego wynagrodzenia znane były już przed zawarciem umowy, a klauzulę można zastosować, jeżeli zmiana prawa powstała po podpisaniu umowy. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołujących, w ocenie składu orzekającego Izby możliwe będzie zastosowanie owej klauzuli po zawarciu umowy. Okoliczność, że nowa stawka najniższego wynagrodzenia ogłoszona została przed zawarciem umowy, nie wpływa na możliwość sporządzenia odpowiedniego aneksu do umowy. Stawka ta, jako zmiana przepisów prawa, obowiązywała będzie od 1 stycznia 2016 roku, a więc już po podpisaniu umowy. Nie będzie więc przeciwwskazań co do zastosowania klauzuli waloryzacyjnej.

Art. 179 ust. 1

98. Sygn. akt: KIO 1886/15, Wyrok KIO z dnia 15 września 2015 r.

Izba nie podzieliła twierdzeń Zamawiającego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Fakt, że cena oferty Odwołującego przewyższa wskazaną przez Zamawiającego kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i związana z tym możliwość unieważnienia postępowania, nie stanowi o braku legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający unieważni postępowanie, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie zwiększony, jednak w momencie orzekania w przedmiotowej sprawie jest to zdarzenie hipotetyczne, które nie może powodować odmówienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

99. Sygn. akt: KIO 1901/15, KIO 1922/15, Wyrok KIO z dnia 16 września 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że jest podmiotem, który uzyskał dane zamówienie, ponieważ złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możność wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać

szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelewantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożeniem unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania oferta Odwołującego była uznana za najkorzystniejszą ekonomicznie a Zamawiający dokonał jej wyboru. Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną w postępowaniu.

100. Sygn. akt: KIO 1928/15, Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r.

Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, w tym możliwości prawidłowego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i potencjalnej szkody w postaci niewłaściwego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia.

101. Sygn. akt: KIO 1889/15, KIO 1890/15, Wyrok KIO z dnia 18 września 2015 r.

Przedmiotem odwołania są trzy części. Tym samym interes we wniesieniu odwołania należy badać w stosunku do każdej z tych części z osobna. Skoro więc oferta odwołującego się wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia to odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w zakresie części 1 i 2 tego zamówienia. Nie ma on bowiem interesu w kwestionowaniu ofert wykonawców, którzy zamówienia w tych częściach nie uzyskali. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. „Środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy (uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi), który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Zatem legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskaniem takiego zamówienia. Przesłanka ta nie jest więc spełniona w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana

jako najkorzystniejsza (...), ani w przypadku wykonawcy, który swoim odwołaniem nie zmierza do uzyskania zamówienia, a jedynie do wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną" (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 560/14 i KIO 569/14). Tymczasem odwołujący w zakresie części 1 i 2 złożył ofertę najkorzystniejszą. Podniesione przez niego zarzuty dotyczą ofert sklasyfikowanych na miejscu 2 i 3 w rankingu ofert. Tak więc wniesienie odwołania w zakresie tych części (1 i 2) nie było skierowane na uzyskanie przez odwołującego zamówienia, gdyż to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący nie jest więc w stanie wykazać szkody jaką poniósł lub jaką może ponieść na skutek dokonanej przez zamawiającego czynności. Sytuacja wykonawców, których dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty w żaden sposób nie wpływa sytuację prawną odwołującego. Ewentualne odwołania innych wykonawców, o ile nastąpią, będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których wykonawcom, w tym także obecnemu odwołującemu, będzie przysługiwać odwołanie. Dlatego też Izba uznała, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w zakresie części 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1889/15.

102. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r.

Powyższa konstatacja nie odnosi się jednak do Wykonawcy X w zakresie, w jakim podniósł on zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego, z uwagi na brak przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. Skład orzekający zwrócił uwagę, że Wykonawca X złożył ofertę, która – o ile nie zostałaby przez Zamawiającego odrzucona – byłaby ofertą korzystniejszą od oferty Wykonawcy Y w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Analiza tych okoliczności musi prowadzić do wniosku, że ocena oferty Wykonawcy Y jest dla Odwołującego neutralna, a interes oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody obejmuje jedynie te jego działania, które zmierzają do utrzymania złożonej przez niego oferty.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania przez podmiot z niego korzystający zamówienia publicznego, a przez to – do uniknięcia poniesienia (możliwości poniesienia) szkody związanej z utratą zysku przewidzianego z jego realizacji. Nie jest zatem wystarczająca jakakolwiek poprawa sytuacji odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż taka wykładnia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp byłaby sprzeczna z przesłanką interesu w uzyskaniu zamówienia, a nadto powodowałaby, że odwołanie można byłoby wnosić w oderwaniu od okoliczności związanych z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody.

103. Sygn. akt: KIO 2318/15, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r.

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp stanowiącym, że środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przywołany przepis zawiera materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, które muszą być spełnione łącznie, a między szkodą a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy musi istnieć normalny (adekwatny związek przyczynowo-skutkowy). Oznacza to, że wymagania art. 179 ust. 1 Pzp są spełnione wtedy, gdy następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest co najmniej możliwość poniesienia szkody przez odwołującego się wykonawcę, gdyż wtedy tylko bezprawne działania lub zaniechania zamawiającego godzą w możliwość uzyskania danego zamówienia (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 maja 2013 r., sygn. akt. KIO 1138/13 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 16, M. Stręciwilk red. teza 194, str. 111). Dla wykazania przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp nie wystarczy bowiem wykazanie jakichkolwiek naruszeń przepisów ustawy, ale

takich które mają znaczenie z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę. Tylko bowiem w taki sposób należy rozumieć następstwa naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy w postępowaniu, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Tak rozumianych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania odwołujący nie spełnia zarówno w odniesieniu do podstawowego zarzutu unieważnienia postępowania, jak i co do zarzutów ewentualnych podnoszonych z ostrożności procesowej, a dotyczących zaniechania odrzucenia oferty odwołującego i wezwania konkurencyjnych wykonawców do wyjaśnień treści złożonych ofert .

Przesądzający dla tej konstatacji jest fakt wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie jest zagrożony, natomiast wnoszenie środków ochrony prawnej, których skutkiem miałoby być unieważnienie postępowania lub skierowanych przeciwko własnej ofercie z tym interesem jest sprzeczne. Tym bardziej trudno mówić o możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, odnosi się do utraty możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, a nie podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. (...)

Pogląd, że wykonawca żądający unieważnienia postępowania oraz wykonawca, domagający się odrzucenia własnej oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, nie spełniają przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp jest ugruntowany w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo wyrok z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt KIO 1989/12 oraz wyrok z dnia 18 października 2012 r. w: Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 14, M. Stręciwilk red., tezy 155 i 158, str. 89 i 90, wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 560/14, KIO 569/14 oraz powołane tam orzecznictwo w: Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 18, M. Stręciwilk red., teza 155, str. 144).

104. Sygn. akt: KIO 2577/15, KIO 2590/15, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Izba ustaliła, iż zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 18 listopada 2015 r., oferta złożona przez odwołującego X S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś wykonawca Y Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Izba stwierdziła, że składając odwołanie wykonawca zobowiązany jest dowieść, że posiada obiektywną, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania danego rozstrzygnięcia (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Odwołujący musi więc wykazać, że miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub może ponieść szkodę. W ocenie Izby, nie można stwierdzić, że legitymacja odwołującego do wniesienia odwołania wynika z możliwych późniejszych zdarzeń w postępowaniu. Środki ochrony prawnej nie mogą być bowiem narzędziem wykorzystywanym na wszelki wypadek, w odniesieniu do sytuacji, których zaistnienie jest przyszłe i niepewne. Nie służą one również zapewnieniu ogólnej zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Ewentualne przyszłe zmiany decyzji zamawiającego będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których odwołującemu będzie przysługiwało odwołanie.

Odrębną kategorię stanowi zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego odtajnienia pisma Y Sp. z o.o. stanowiącego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zatem co do tego zaniechania odrębnie należy rozważyć zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że kwestionowane zaniechanie odtajnienia ww. dokumentu może skutkować naruszeniem interesu X S.A. oraz możliwością poniesienia szkody przez tego wykonawcę. Kwestionowanie przedmiotowego zaniechania odtajnienia dokumentu może mieć wpływ na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a stawianie zarzutów wobec ww. zaniechania na kolejnym etapie postępowania może zostać uznane za spóźnione. Z uwagi na powyższe, Izba poddała zarzut ten rozpoznaniu.

105. Sygn. akt: KIO 2618/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i jest formalnie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu go z postępowania wprost pozbawiała go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, z uwagi na brak merytorycznej oceny oferty Odwołującego. W odwołaniu dodatkowo została także formalnie zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i choć z formalnego punktu widzenia – jak wskazano powyżej – zarzuty w tym zakresie nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, to formalnie, na moment złożenia odwołania – a to na ten właśnie moment Izba dokonuje oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania – poprzez podniesione zarzuty Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba w kontekście oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania nie posiada uprawnień oceny nieistnienia interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na uznanie, że część zarzutów nie jest zasadne (niezależnie od tego czy z przyczyn merytorycznych, czy też z przyczyn formalnych). Powyższe co najwyżej może mieć znaczenia dla oceny podstawy do oddalenia odwołania, pomimo potwierdzenia się zarzutów odwołania, ale z uwagi na ich formalny brak wpływu na wynik postępowania, tj. w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślenia ponadto wymaga okoliczność, że kwestia istnienia interesu we wniesieniu odwołania podlega rozpoznaniu przez Izbę z urzędu, biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia zawarty w odwołaniu na moment złożenia odwołania i okoliczności z tym związane wskazujące na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego się wykonawcę poprzez zaskarżone w odwołaniu czynności Zamawiającego, które naruszają przepisy ustawy Pzp.

Art. 180 ust. 1

106. Sygn. akt: KIO 1994/15, Postanowienie KIO z dnia 17 września 2015 r.

Zamawiający w dacie złożenia ofert, nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji, co do odtajnienia określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, czynności zamawiającego związane z badaniem ofert, w tym także związane z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, wymagają odpowiedniego czasu. Zamawiający winien analizować dane i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji utajnionych – w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę. Nie sam, bowiem rodzaj dokumentu np. wykaz wykonanych usług, wykaz sprzętu, czy wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie przesądza o możliwości jego utajnienia, lecz treść, którą zawiera, przy uwzględnieniu również przedmiotu zamówienia.

Z tych względów Izba nie podziela poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty wykonawcy przez zamawiającego jest następny dzień po dacie jej otwarcia, (w tym przypadku otwarcie ofert odbyło się 26 sierpnia 2015 r.), czy też, jak liczył odwołujący – od daty 2 września 2015 r., tj. od udostępnienia oferty X Sp. z o.o., bez utajnionego dokumentu, czy nawet od daty zgłoszenia kategorycznego żądania ujawnienia całości oferty konkurenta we wskazanym terminie – do 10 września 2015 r. do godz. 16:00. Nie świadczy to bowiem w ocenie Izby, o zaniechaniach zamawiającego, które otwierałyby termin na wniesienie odwołania. Odwołujący nie przedstawił też żadnej odpowiedzi zamawiającego, w której ten jednoznacznie zakomunikowałby swoje stanowisko, że żądanie odwołującego nie zostanie spełnione. Termin wniesienia odwołania winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec oferty wykonawcy X Sp. z o.o., w tym ostatecznie przez dokonanie jej merytorycznej oceny, bez odtajnienia dokumentów, co dawałoby wyraz temu, że zastrzeżenie

tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający uznał za zasadne. Termin ten otwiera również udzielona wcześniej jednoznaczna odpowiedź przekazana w sposób wskazany w art. 27 ust. 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. U. z 2016 r. poz. 1020 – przyp. red.]*, że zamawiający odmawia ujawnienia oznaczonych dokumentów w ofercie danego wykonawcy. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 633/13), w którym KIO stwierdziła, co następuje: „Dopiero w momencie, gdy zamawiający ogłasza, że zakończył badanie ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą (lub unieważniając postępowanie), można uznać, że podjął też decyzję o nieujawnieniu zastrzeżonych informacji - od tego też momentu można wskazywać na jego zaniechanie. Odmienna jest sytuacja, w której wykonawca jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania wnosi o ujawnienie tych informacji, a zamawiający takiego ujawnienia odmawia i nie wskazuje, że odmowa ta wynika z tego, iż wciąż prowadzi czynności zmierzające do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia informacji. W tym wypadku można mówić o czynności zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia informacji w wyniku powzięcia przez niego decyzji, że powinny one pozostać niejawne."

Stosownie do postanowień art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak wynika z okoliczności przedstawionych przez samego odwołującego, zamawiający na dzień wniesienia odwołania (11.09.2015 r.), nie podjął żadnych czynności (zachowania w poufności, lub też odtajnienia) wobec oferty wykonawcy X Sp. z o.o. ze względu na utajniony dokument Wykazu sprzętu, ani też nie pozostaje w zwłoce z tymi czynnościami, skoro nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie ustalił wyniku postępowania. Izba nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich „zaniechań" zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Izba bowiem nie podejmuje czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość tych czynności. Domagając się uwzględnienia odwołania, najwyraźniej odwołujący uznaje, że Izba powinna zdecydować przed zamawiającym o tym, czy winien on dokonać ujawnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy X Sp. z o.o. w zakresie Wykazu sprzętu, gdzie wobec tego właśnie dokumentu odwołujący powziął podejrzenie, że może nie potwierdzać spełniania przez ofertę wykonawcy X Sp. z o.o. istotnej treści SIWZ, a informacje tam zawarte nie powinny podlegać utajnieniu, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa tegoż wykonawcy.

Art. 180 ust. 3

107. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r.

Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 25 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z § 7 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) *[aktualnie przepisowi temu odpowiada § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016 poz. 1126) – przyp. red.]* poprzez zaniechanie wezwania przystępującego X do przedłożenia prawidłowo złożonych i nieobarczonych błędami dokumentów wymaganych przez zamawiającego w postępowaniu oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]* w związku z art. 24 ust. 4 i ust. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego X pomimo tego, że przystępujący X nie wykazał spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu. Izba podkreśla, że odwołujący w odwołaniu nie sprecyzował, z jakiego powodu zamawiający winien wezwać przystępującego

X do przedłożenia dokumentów oraz na podstawie czego stwierdził, iż przystępujący X nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący ograniczył się do przytoczenia przepisów ustawy Pzp i wymienienia dokumentów, które – jego zdaniem – nie spełniają wymogów co do formy i nie potwierdzają spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał, jakimi błędami formalnymi obarczone są wymienione dokumenty ani też, jakich minimalnych warunków nie spełnia przystępujący. Tym samym Izba uznała, że odwołujący postawił zarzuty w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający ich rozpoznanie. Wskazać należy, że wykonawca wnoszący odwołanie winien wskazać okoliczności faktyczne, które w jego ocenie powodują, że czynność lub zaniechanie zamawiającego dokonania czynności przez zamawiającego powinny być uznane za nieprawidłowe. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 29 czerwca 2009 roku sygn. akt X Ga 110/09/za, 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.

Okoliczności faktyczne to fakty, które w świetle właściwych przepisów prawa, stanowią przesłanki powstania i istnienia sytuacji uzasadniającej wniesienie odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 925/11 wskazała, iż dla uznania, iż zarzut został postawiony, koniecznym jest, aby odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem podniesieniem tezy. Odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać, jakie konkretne zaniechanie zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które pozwoliłyby na zidentyfikowanie zarzutów. Okolicznościami takimi nie jest bowiem przytoczenie przepisów prawa ani wymienienie dokumentów, które – w przekonaniu odwołującego są wadliwe lub nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu. Braki w tym zakresie nie mogą być sanowane poprzez sprecyzowanie zarzutów na rozprawie. Właściwe podniesienie zarzutów w treści odwołania pełni bowiem w postępowaniu odwoławczym różnoraką rolę. Po pierwsze – pozwala na zaskarżenie określonej czynności lub zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego, po drugie – pozwala zamawiającemu na podjęcie decyzji w kwestii ewentualnego uwzględnienia odwołania i – po trzecie – umożliwia zamawiającemu i uczestnikom postępowania przygotowanie argumentacji i dowodów na odparcie tez wskazanych w odwołaniu. Wobec braku wskazania niezbędnych, wskazanych wyżej elementów, Izba pozostawiła postawione w ten sposób zarzuty bez rozpoznania.

108. Sygn. akt: KIO 1953/15, Wyrok KIO z dnia 21 września 2015 r.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, iż kwestionuje czynność wykluczenia go z udziału w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *[aktualnie od 28 lipca 2016 r. przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]* poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie z postępowania, pomimo iż spełniał on wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym w szczególności warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co bezsprzecznie potwierdzają dokumenty złożone przez odwołującego w toku postępowania. W uzasadnieniu odwołania wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nadto dodał, iż w wykonaniu wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 30 lipca 2015 r. złożył w zakreślonym przez zamawiającego terminie wszystkie dokumenty oraz wyjaśnienia, o których mowa w skierowanym do niego wezwaniu, w należytej formie. Powyższe stanowi pełną treść odwołania w tym zakresie.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp 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 wniesione przez odwołującego nie zawiera okoliczności faktycznych odnoszących się do podniesionego zarzutu, tj. wykluczenia go z postępowania. Poza ogólnymi stwierdzeniami o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca ten został wykluczony na skutek nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, brak jest w treści odwołania odniesienia się do podstaw wykluczenia go z przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności odnoszących się do warunku wiedzy i doświadczenia, natomiast w odniesieniu do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zawarł jedynie ogólniki. Tym samym w tym właśnie zakresie, z uwagi na wskazane braki, nie ma możliwości odniesienia się do tak lakonicznie postawionych zarzutów. Zauważyć przy tym należy, że rolą odwołującego jest nie tylko ogólnikowe sformułowanie zarzutów, ale i przedstawienie okoliczności faktycznych zarzut ten uzasadniających. Tymczasem odwołujący poza stwierdzeniem, że wykonawca „spełnia warunki udziału w postępowaniu", nie podał żadnych okoliczności wskazujących na bezzasadność wykluczenia go z postępowania. Dlatego też nie jest możliwe odniesienie się do wadliwie sformułowanego zarzutu i rozstrzygnięcie zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania.

109. Sygn. akt: KIO 2642/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r.

Wnosząc odwołanie wykonawca ma obowiązek sformułować zarzut nie tylko poprzez wskazanie zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego, ale również określenia podstawy faktycznej zarzutów, czego w ocenie Izby nie uczynił. Ogólne stwierdzenia zawarte w odwołaniu o tym, że wykonawca zawarł w ofercie nieprawdziwe informacje ponieważ bliżej nieokreślone osoby nie spełniają jakiś nieokreślonych bliżej przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie mogą stanowić podstawy faktycznej zarzut. Umożliwienie Odwołującemu precyzowania podstawy faktycznej zarzut podczas rozprawy jest niczym innym jak przedłużeniem terminu do wniesienia odwołania, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne.

Art. 182 ust. 3 pkt 1

110. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

Dostrzeżenia bowiem wymaga, że Odwołujący niezwłocznie, tj. dniu 16 listopada 2015 r. zwrócił się o udostępnienie oferty wykonawcy X Sp. z o.o. w R., zaś Zamawiający w dniu 23 listopada 2015 r. udostępnił ofertę w niezastrzeżonym zakresie. Dopiero zatem z momentem tego zapoznania Odwołujący powziął informacje, że Zamawiający zamierza nie udostępniać określonych informacji. Odwołanie złożone w dniu 3 grudnia 2015 r. jest zatem odwołaniem złożonym w dziesięciodniowym terminie, wymaganym treścią art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 185 ust. 2–4

111. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

Izba oceniła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Romana P. prowadzącego działalność pod firmą X Roman P. zostało zgłoszone z uchybieniem trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwoła-

nia. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie Pan Roman P. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystał, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 24 listopada 2015 r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 27 listopada 2013 r. W tym dniu Pan Roman P. i nadał przystąpienie w placówce pocztowej. Wpływ tego pisma do Krajowej Izby Odwoławczej nastąpił w dniu 30 listopada 2015 r.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 27 listopada 2015 r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 18 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) – przyp. red.],* tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Podobnie jak w przypadku odwołania, tak i przystąpienia, ustawodawca nie zdecydował się na przyjęcie teorii nadania występującej w procedurze cywilnej. Pozew czy inne pismo procesowe uznaje się zgodnie z tą teorią na wniesione w dacie jego nadania w placówce pocztowej. Wynika to wprost z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Jednak w postępowaniu odwoławczym ustawodawca nie przewidział takiego rozwiązania, tym samym tak odwołanie jak i przystąpienie dla zachowania ustawowego terminu wniesienia muszą dotrzeć do Izby w ostatnim dniu terminu wynikającego odpowiednio z art. 182 ustawy, jak i z art. 185 ust. 2 ustawy. Przy czym nie jest konieczne zachowanie formy pisemnej dopuszczalna jest też droga elektroniczna z bezpiecznym podpisem cyfrowym. W tym stanie rzeczy nie można było uznać, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w terminie.

112. Sygn. akt: KIO 2652/15, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Izba nie uwzględniła tych zarzutów, albowiem ustawa – Prawo zamówień publicznych – zgodnie z jej art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – możliwość zgłoszenia sprzeciwu uzależnia od skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie ze wskazanym przepisem ocena skuteczności przystąpienia następuje z uwzględnieniem wymaganego terminu oraz wymaganej formy zgłoszenia [pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu], wskazania strony, do której przystępuje wykonawca, i interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, oraz wymaganego przesłania kopii przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przystępujący X wszystkie te wymagania spełnił. Izba zwraca uwagę, że ocena skuteczności przystąpienia następuje przed wniesieniem sprzeciwu, albowiem tylko wykonawca, który uzyskał status uczestnika postępowania może wnieść sprzeciw w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei w przypadku sprzeciwu ustawa Pzp nie uzależnia jego wniesienia od wykazania interesu w jego wniesieniu z uwzględnieniem interesu strony, do której przystąpił. Ustawa Pzp nie uzależnia także skuteczności wniesienia sprzeciwu od innego postępowania odwoławczego, wszczętego odwołaniem w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez innego odwołującego, w którym podniesiono analogiczne zarzuty i do którego to postępowania zgłaszający przystąpienie wykonawca przystąpił po stronie zamawiającego, i który to wykonawca w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Art. 186 ust. 2–4

113. Sygn. akt: KIO 2487/15, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2015 r.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 186 ust. 2 zd. ostatnie ustawy Pzp oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania, powtórzenia oraz unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 16.10.2015 r., co do którego zamawiający, w dniu 23.10.2015 r., uwzględnił wszystkie zarzuty wskazane w ww. odwołaniu, Izba wskazuje, co następuje. Przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, stanowi, iż „(...). W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu." Natomiast art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, że „Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu." Zdaniem Izby, zamawiający w sposób prawidłowy wykonał dyspozycję wskazywanych wyżej przepisów. Odwołujący w odwołaniu z dnia 16 października 2015 roku postawił szereg zarzutów, jednocześnie żądając: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia przez zamawiającego ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum X z postępowania, ewentualnie wezwania konsorcjum X w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, przyznania odwołującemu prawidłowej liczby punktów.

Zamawiający uwzględniając przedmiotowe odwołanie (KIO 2264/15), unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał wezwania konsorcjum X, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert. Tym samym czynności zamawiającego wypełniają żądania odwołującego. Okoliczność, iż wynik tych czynności nie odpowiada oczekiwaniom odwołującego nie może negatywnie wpływać na ocenę czynności zamawiającego. Nie jest bowiem dopuszczalne, przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, automatyczne wykluczenie wykonawcy, który nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, gdyż sprzeciwia się temu brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert."

Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika zatem, że zachowanie zamawiającego, charakteryzowało się profesjonalizmem i zgodnością z dyspozycją przepisu art. 186 ust. 2 oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisami zamawiający związany jest żądaniami odwołującego i w tym zakresie zamawiający wykonuje i/lub powtarza czynności w postępowaniu, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy. Tym samym stwierdzić należało, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

114. Sygn. akt: KIO 2534/15, Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2015 r.

W dniu 30 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp przyp. red]* i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy X S.A. oraz uwzględnia wnioski Odwołującego w tym zakresie. Podczas posiedzenia z udziałem stron Odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z powyższym, oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu jedynego zarzutu, który pozostał między stronami sporny, należy uznać za uwzględnienie odwołania w całości.

Wykonawca X S.A., który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i stał się jego uczestnikiem, nie stawił się na posiedzenie. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań *[rozporządzenie z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. 2014, poz. 964) – 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 bronienia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 1 grudnia 2015 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego 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. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

W związku z faktem niewniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – należało umorzyć.

115. Sygn. akt: KIO 2566/15, Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2015 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2015 r. podał, że uznaje zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 tej ustawy w zakresie przedstawionym w treści odwołania, tj. zarzut braku określenia, czy wykonawca powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, jakiego stopnia, dotyczące jakiej klauzuli tajności oraz możliwości przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych, czy też wystarczająca będzie sama zgoda Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu do przetwarzania informacji niejawnych we własnych systemach teleinformatycznych. Zamawiający podał, że uznaje żądanie wyszczególnione przez odwołującego, dotyczące doprecyzowania zapisów projektu umowy w zakresie § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 7g do SIWZ). Zamawiający informował, że spełnienie powyższego żądania odbyło się poprzez usunięcie z zapisu projektu umowy (załącznik nr 7g do SIWZ) w § 4 pkt 9 i § 4 pkt 14 ppkt 6 treści „świadectwa bezpieczeństwa przemysłowe-

go." Informacja o zmianie została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego. Odwołujący w dniu 1 grudnia 2015 r. za pośrednictwem faksu powiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego, „z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2015 r. całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu." Z ostrożności procesowej w przypadku, gdyby Izba nie uznała odpowiedzi na odwołanie zamawiającego – jako uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, odwołujący oświadczył, że „Na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych cofam ww. odwołanie oraz stosownie do przepisu art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp wnoszę o zwrot 90% uiszczonego w dniu 24 listopada 2015 r. wpisu od odwołania (...), z uwagi na cofnięcie odwołania przed otwarciem rozprawy w przedmiotowej sprawie."

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za oświadczenie woli – uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym bardziej, że sam odwołujący w dniu 1 grudnia 2015 r. za pośrednictwem faksu potwierdził, iż działania zamawiającego wyczerpują w całości zarzuty przedstawione w złożonym odwołaniu. Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takiej sytuacji, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

116. Sygn. akt: KIO 2568/15, Postanowienie KIO z dnia 9 grudnia 2015 r.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W rozpoznawanej sprawie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie stanowi przeszkody do umorzenia postępowania odwoławczego fakt przeprowadzenia posiedzenia z udziałem stron i rozprawy. Mimo że przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje – w sytuacji uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu – możliwość umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, to należy przyjąć, że postanowienie o umorzeniu postępowania może być wydane również na późniejszych etapach postępowania, w zależności od tego, kiedy zostaną ujawnione okoliczności uzasadniające umorzenie. Dalsze prowadzenie postępowania w sytuacji braku sporu między stronami byłoby bowiem niecelowe. Za taką interpretacją

przemawia również fakt, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w § 5 ust. 1 pkt 1, regulują kwestię kosztów postępowania w przypadku jego umorzenia (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2010 r., w spr. KIO 908/10; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2011 r., w spr. KIO 633/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2015 r., w spr. KIO 2534/15, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2015 r., w spr. KIO 2497/15).

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

117. Sygn. akt: KIO 2637/15, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

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

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy, że na tym posiedzeniu przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2015 r. w spr. KIO 2534/15, 4 lutego 2015 r. w spr. KIO 151/15, 21 września 2015 r. sygn. akt KIO 1963/15, 10 marca 2014 r. w spor. KIO 360/14, 7 sierpnia 2014 r. w spr. KIO 1524/14, z 4 września 2014 r. w spr. o sygn. akt KIO 1710/14, 27 czerwca 2012 r. w spr. o sygn. akt KIO 1264/12, 9 czerwca 2010 r. w spr. o sygn. akt: KIO 991/10, 11 sierpnia 2010 r. w spr. o sygn. akt KIO 1575/10. Zatem, w związku z faktem, że wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego, poprzez niestawiennictwo na posiedzenie, na którym rozstrzygana miała być zasadność kierowanych wobec nieudostępnienia elementów jego oferty, nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – należało umorzyć.

118. Sygn. akt: KIO 2669/15, Postanowienie KIO z dnia 21 grudnia 2015 r.

Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego kopia odwołania została przekazana wykonawcom 8 grudnia 2015 r. Do chwili wydania niniejszego postanowienia nie zgłoszono żadnych przystąpień. Pismem z 18 grudnia 2015 r. o nazwie „Informacja o częściowym uznaniu odwołania", zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej unieważnienia przedmiotowego postępowania i unieważnia czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania. Pismem z 21 grudnia 2015 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez zamawiającego zakresie, tzn. co do żądania nakazania zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu i, stwierdziła, iż zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

Art. 186 ust. 6 pkt 1

119. Sygn. akt: KIO 2593/15, Postanowienie KIO z dnia 7 grudnia 2015 r.

Izba wyjaśnia, że nie uwzględniła jednocześnie wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego z uwagi na treść art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp. Wskazany przepis stanowi, że w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy, w sytuacji, gdy w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, koszty znosi się wzajemnie. Tym samym koszty postępowania odwoławczego – zarówno te, o których mowa w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. wpis od odwołania, jak i koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia, tj. uzasadnione koszty stron postępowania, w tym wynagrodzenie pełnomocnika strony, znoszą się wzajemnie. Izba w tym zakresie, działając w oparciu o wskazane przepisy prawa, orzekła jedynie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Art. 187 ust. 8

120. Sygn. akt: KIO 2607/15, Postanowienie KIO z dnia 10 grudnia 2015 r.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) oraz w związku § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Izba stwierdza, że cofnięcie odwołania przywraca stan prawny postępowania sprzed wniesienia odwołania. Odwołanie cofnięte nie wywołuje w postępowaniu żadnych skutków prawnych związanych z jego wniesieniem.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

121. Sygn. akt: KIO 2623/15, Postanowienie KIO z dnia 14 grudnia 2015 r.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w dniu 19 listopada 2015 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, informując o rozstrzygnięciu Odwołującego, jak

również informując Odwołującego, za pomocą poczty elektronicznej, o odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ (*vide*: protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, e-mail z dnia 19 listopada 2015 r. informujący o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 18 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.]*, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zgodnie z art. 27 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (ust. 1); jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (ust. 2).

W niniejszej sprawie informacja Zamawiającego została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, a więc termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni. Skoro informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym także informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego, została przekazana drogą elektroniczną w dniu 19 listopada 2015 r., to tym samym, 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania upływał w sprawie w dniu 30 listopada 2015 r. Odwołanie zostało zaś wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 2 grudnia 2015 r. O zachowaniu terminu na wniesienie odwołania nie może przesądzać w tym przypadku dzień nadania przesyłki krajowej. W przypadku wnoszenia w formie pisemnej odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, dla zachowania ustawowego terminu odwołanie musi zostać wniesione do Prezesa KIO, tzn. musi dotrzeć do Izby najpóźniej w ostatnim dniu terminu. Powyższe oznacza, że jeżeli odwołanie wnoszone jest w formie pisemnej (tak, jak w sprawie niniejszej) to pismo to najpóźniej w ostatnim dniu terminu musi fizycznie wpłynąć do Izby. (...)

Przedmiotowe zagadnienie zostało także w sposób szczegółowy przeanalizowane przez Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13 wskazał, iż do zachowania terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy w sposób szczegółowy przytoczył argumenty przemawiające za przyjętym stanowiskiem, odwołując się m.in. do wcześniejszego orzecznictwa SN, orzecznictwa sądów okręgowych oraz KIO, jak również uzasadnienia nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), przepisów dyrektywy nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31), jak również analizy piśmiennictwa poświęconego zamówieniom publicznym.

Należy także wskazać, że ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 180 ust. 4 Pzp). Możliwość ta niweluje ewentualne niedogodności związane z obowiązkiem wniesienia (dostarczenia) w zakreślonym terminie odwołania do Prezesa KIO, gdy jest ono składane w formie pisemnej. W niniejszej sprawie Odwołujący nie korzystał jednak z tej możliwości. Złożył odwołanie w formie

pisemnej, a co za tym idzie, stosownie do ww. zasad, odwołanie to winno wpłynąć do Prezesa KIO najpóźniej w dniu 30 listopada 2015 r. (...)

Nie konwaliduje także uchybienia we wniesieniu odwołania w terminie okoliczność przesłania kserokopii odwołania za pomocą faksu (data wpływu faksu do Izby – 26 listopada 2015 r.). Zgodnie z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawania odwołań (Dz.U.2014.964), z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej. Jak wynika z powyższego, odwołanie nie może być wniesione za pomocą faksu. Przefaksowanie odwołania nie oznacza wniesienia odwołania w formie pisemnej, na którą to formę wskazuje art. 180 ust. 4 Pzp, a dzień przefaksowania odwołania nie może być tym samym uznawany za dzień wniesienia odwołania. W konsekwencji, fakt, że Odwołujący przefaksował odwołanie w dniu 26 listopada 2015 r., nie oznacza, że w tym dniu nastąpiło, zgodnie z wymogami prawa, skuteczne wniesienie odwołania. Okoliczność powyższa nie wywołuje żadnych skutków prawnych, które uzasadniałyby odmienną ocenę, co do braku skuteczności i prawidłowości wniesienia odwołania.

122. Sygn. akt: KIO 2670/15, Postanowienie KIO z dnia 14 grudnia 2015 r.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od dnia 2 grudnia 2015 roku, tj. od dnia upublicznienia przez Zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2015 roku, jak również z treści samego odwołania, gdzie Odwołujący wskazał, że Odwołujący informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 2 grudnia 2015 roku, w tym bowiem dniu informacja o wyborze oferty została przesłana do Odwołującego w sposób określony w art. 27 ust. 2 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.U. z 2016 r. poz. 1020 – przyp. red.]*

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 5 dniu od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną w treści odwołania przez Odwołującego, zawiadomienie o wyniku postępowania w dniu 2 grudnia 2015 roku zostało przesłane wykonawcom zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą elektroniczną. Uwzględniając, że Odwołujący (co również sam oświadczył) powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w dniu 2 grudnia 2015 roku, to termin na skuteczne wniesienie odwołania, tj. doręczenie odwołania Prezesowi KIO upływał w dniu 7 grudnia 2015 roku, tym samym odwołanie wniesione w dniu 8 grudnia 2015 roku (prezentata na piśmie oraz na liście przewozowym) jest odwołaniem wniesionym po upływie ustawowego terminu na jego skuteczne wniesienie i zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba obowiązana jest do odrzucenia odwołania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy obowiązującym od 29 stycznia 2009 roku *[tj. od wejścia w życie ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778) – przyp. red]*, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zauważyć należy, że w stosunku do poprzednio obowiązującego art. 184 ust. 2 ustawy, dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicz-

nych, aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 ustawy nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja ustawodawcy, skoro jednocześnie w ustawie wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 ustawy). Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych – odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby – było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11), 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12), 4 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 667/13), 9 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 731/13), czy 8 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1562/13), 17 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 221/15), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych, por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 302/10) oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt X Ga254/10).

Ponadto prawidłowość takiego stanowiska został potwierdzona przez Sąd Najwyższy (...) *[uchwała z dnia 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) – przyp. red.]*

Odnośnie zmiany w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Sąd Najwyższy wskazał, że metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii (czy to *legis czy iuris*) do wniesienia odwołania. Ten zamiar ustawodawcy potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 9 grudnia 2009 r. (druk sejmowy Sejm RP VI nr 2310). W uzasadnieniu celu tak radykalnej zmiany w systemie środków odwoławczych przewidzianych w ustawie regulującej zamówienia publiczne uwzględniono konsekwencje polegające na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Celem nowelizacji było zaproponowanie rozwiązań, które ograniczają ten negatywny skutek działania systemu środków ochrony prawnej. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że dokonana 2 grudnia 2009 r. nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE.L Nr 335 s. 31).

Art. 189 ust. 2 pkt 7

123. Sygn. akt: KIO 2530/15, Postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2015 r.

Jednocześnie, w myśl art. 180 ust. 5 PZP: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2" PZP. Doręczenie zamawiającemu kopii odwołania poprzez przesłanie jej w postaci wiadomości poczty elektronicznej e-mail oraz faksem (w punkcie 1.4.2 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość przesyłania korespondencji faksem lub za pomocą poczty elektronicznej) w dniu 19 listopada 2015, oznacza, że zostało ono dokonane z zachowaniem terminu wskazanego w 182 ust. 1 pkt 1) PZP. Tym samym Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy PZP skutkujących odrzuceniem odwołania.

Art. 190 ust. 1 i ust. 1a

124. Sygn. akt: KIO 1812/15, KIO 1819/15, KIO 1820/15, Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r.

Odnosząc się do złożonego przez odwołujących na rozprawie dowodu w postaci oświadczenia firmy X Sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2015 r., z którego wynika, że zaoferowany model komputera spełnia normy Energy Star 6.1., Izba wskazuje, że dokument ten winien zostać złożony przez odwołujących najpóźniej w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pomimo wyrażonego bowiem w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienia do przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy, strona lub uczestnik postępowania nie mogą wykorzystywać tego przywileju do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które obowiązani byli złożyć we wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczy to sytuacji, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i – pomimo wezwania – dokumentów tych nie uzupełnił lub uzupełnił w sposób wadliwy. Umożliwienie wykonawcy złożenia wymaganych dokumentów po raz kolejny postawiłoby tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postepowania.

125. Sygn. akt: KIO 2564/15, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy z wydruku 2015 Q3 Final Results z uwagi na brak (...) tłumaczenia, co stoi w sprzeczności z par. 19 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów *[chodzi o rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. 2014, poz. 964) – przyp. red]*.

Izba postanowiła oddalić dowód z wydruku z Wikipedii dotyczący drukarki laserowej, gdyż źródło to, o ile być stanowi źródło wiedzy powszechnej, o tyle nie stanowi dowodu na istnienie bądź brak istnienia procesów technologicznych w procesie drukowania światłem lasera lub diodą LED z uwag na to, że jest to encyklopedia tworzona przez internautów, nie zawiera zaś odzwierciedlanie stanu wiedzy technicznej. Co do przedłożonych ekspertyz i załączonych do nich załączników Izba potraktuje jako stanowisko własne Odwołującego wyrażone w dokumencie prywatnym. Co do SIWZ ZP/INW/51/14 wraz z zapytaniami i informacją o wyniku postępowania Izba uznała ten dowód za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż został sporządzony w innym postępowaniu, w którym nie zadawano zapytań analogicznych jak w niniejszym, a ponadto Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż w tamtym postępowaniu oferta Odwołującego została wybrana.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowody z zeznań świadka Leszka B. na okoliczność, że oferowana drukarka przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ, gdyż przedstawienie takiej oceny wymagałoby od świadka nie znajomości faktów, ale posiadania wiedzy specjalnej, tym samym teza zakreślona przez Odwołującego nie może być wykazana powołany dowodem.

126. Sygn. akt: KIO 2646/15, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2015 r.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu.

W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty

powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione. Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać, że treść złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem, z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było wykazanie przez Odwołującego rzeczywistej treści oferty złożonej przez Przystępującego, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił on ich zaistnienie i opisał je w odwołaniu, faktycznie miały miejsce. Pamiętać również przy tym należy o powoływanym przepisie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że w każdym innym przypadku niż określone w tymże przepisie koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie w rozpoznanej sprawie przez Odwołującego obowiązkowi dowodowemu pociągać musiało uznanie, że zarzuty przez niego podnoszone są niezasadne, a tym samym odwołanie, jako takie, podlega oddaleniu.

127. Sygn. akt: KIO 2632/15, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając wiarygodność i moc dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego stwierdziła, iż nie mogą one nosić znamion dowodowych, z uwagi na okoliczność, iż dwa dokumenty złożone przez odwołującego nie stanowią dokumentu (nie zostały podpisane), natomiast dokument złożony przez przystępującego nie potwierdza faktów, na jaką okoliczność został złożony. Tym samym Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego.

128. Sygn. akt: KIO 2720/15, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 r.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

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 rozkładu 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. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie.

W 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 bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że wpierw 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. Jednakże należy również uwzględnić specyfikę sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro wykonawca udzielający wyjaśnień zobowiązany jest i może wskazywać okoliczności o obiektywnym charakterze, których katalog jest nieograniczony (*vide* art. 90 ust. 1 pzp), odwołujący – w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska – musiałby powołać dowody przeciwne do okoliczności, które nie są mu znane. Obarczenie odwołującego obowiązkiem nadmiernej konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień nakładałoby na niego obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. W rezultacie jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle, w takiej sytuacji od przystępującego, który utajnił wyjaśnienia (względnie od zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie) należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że wykazują one rzetelne obliczenie ceny oferty.

Skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 1 pzp.

Art. 192 ust. 2

129. Sygn. akt: KIO 1814/15, Wyrok KIO z dnia 3 września 2015 r.

Dokonując uwzględnienia zarzutów w przedmiotowym zakresie Zamawiający uznał zasadność podnoszonych w odwołaniu kwestii związanych z zapisami SIWZ. Jednocześnie zauważyć należy, iż w momencie orzekania przez Izbę Zamawiający nie dokonał jeszcze zmian SIWZ, ale jedynie zapowiedział ich wprowadzenie. Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał natomiast uwzględnione zarzuty. Nie można zatem uznać, że okoliczności powyższe przestały być między Stronami sporne. Odwołujący nie miał bowiem żadnej gwarancji, że Zamawiający uczyni zadość jego żądaniom, zgodnie z zapisami odpowiedzi na odwołanie. Izba wydając wyrok miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści SIWZ przed jej modyfikacją zapowiedzianą dopiero przez Zamawiającego, była zatem zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Sytuacja, kiedy uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się Zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których Zamawiający już dokonał jest niecelowe

(za wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11). Z tych powodów Izba nakazała w sentencji wprowadzenie odpowiednich zmian w zapisach SIWZ i powiązanych dokumentach.

130. Sygn. akt: KIO 2013/15, KIO 2018/15, Wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego, musi być rozważana również przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Zgodnie z nim, odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanej regulacji, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. *Ergo*, jedynie potwierdzenie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 Pzp. Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażającą się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem Postępowania. Ten rezultat osiągnięty może być jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

131. Sygn. akt: KIO 2645/15, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przy ocenie ofert w kryterium „cena nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej" Izba mając na względzie również oświadczenie złożone w tym zakresie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, stwierdziła, że faktycznie doszło w tym zakresie do naruszenia przywołanego przepisu ustawy Pzp. Zamawiający bowiem przyznał nieadekwatną do opisu tego kryterium w postanowieniach SIWZ ilość punktów w tym kryterium obydwu wykonawcom, biorąc pod uwagę treść ofert Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący zaoferował w tym kryterium cenę 3 zł, zaś Przystępujący – 1 zł. W świetle opisu tego kryterium w postanowieniach SIWZ najwyższą ilość punktów (5 pkt) powinien otrzymać wykonawca, który zaoferuje najwyższą cenę nabycia, zaś pozostali wykonawcy uzyskają proporcjonalnie mniejszą ilość punktów. Tymczasem w tym kryterium Zamawiający przyznał Przystępującemu 5 pkt (maksymalna ilość), zaś Odwołującemu 1,67 pkt.

Powyższe naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania. Przyznanie Odwołującemu 5 pkt, zaś Przystępującemu 1,67 pkt nie zmieniłoby bowiem rankingu oceny ofert; oferta Przystępującego i tak pozostałaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, mając na względzie prawidłową ocenę ofert w zakresie pozostałych kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ.

Art. 192 ust. 7

132. Sygn. akt: KIO 1869/15, Wyrok KIO z dnia 11 września 2015 r.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podkreślenia wymaga jeszcze jedna kwestia, która przesądziła o konieczności oddalenia wniesionego przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz SIWZ, nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one

to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący, formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

133. Sygn. akt: KIO 1879/15, Wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego o zaniechaniu sformułowania zarzutów dotyczących niespełniania przez Wykonawcę X warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek rzeczywiście w *petitum* odwołania błędnie wskazano na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w miejsce znajdującego zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]*), tym niemniej z uzasadnienia odwołania *expressis verbis* wynika, że okolicznością kwestionowaną przez Odwołującego jest prawidłowość kwalifikacji podmiotowej ww. wykonawcy. Należy mieć przy tym na względzie, że o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi odwołujący nie przesądza proponowana przez niego kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne opisane w odwołaniu. Z powyższego wynika, że odwołujący może wadliwie oceniać prawną kwalifikację rozpoznanych naruszeń (ostatecznie subsumpcja określonego stanu faktycznego pod normę prawną należy bowiem do Izby), ale nie może zrezygnować z ich szczegółowego uzasadnienia faktycznego. Tylko taka sytuacja (tj. zaniechanie przytoczenia w odwołaniu określonych okoliczności faktycznych stanowiących element składowy zarzutu) objęta jest dyspozycją przepisu art. 192 ust. 7 Pzp uniemożliwiającym orzekanie o zarzutach, które nie zostały podniesione w odwołaniu.

Skład orzekający nie podzielił również zdania Zamawiającego, jakoby zarzut naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nie został w odwołaniu sformułowany. Wprawdzie nie został on wyartykułowany w *petitum* odwołania, tym niemniej o objęciu określonych czynności (zaniechań) zamawiającego zakresem zaskarżenia nie decyduje umiejscowienie zarzutu w określonym miejscu pisma procesowego, którym jest odwołanie. W uzasadnieniu odwołania znalazł się bowiem opis stanu faktycznego z odesłaniem do przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp.

134. Sygn. akt: KIO 1867/15, Wyrok KIO z dnia 15 września 2015 r.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakreślenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowana zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 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), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący zakreśli w sposób precyzyjny stan faktycz-

ny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałoby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które *de facto* uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusznością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

135. Sygn. akt: KIO 2178/15, KIO 2185/15, Wyrok KIO z dnia 23 października 2015 r.

Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, 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. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności 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 *[Dz. U. tj. z 2014 r. poz. 964 – przyp. red.]*), 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. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych,

które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza 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. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek 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 szczególności, odwołanie zawierające zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno jednoznacznie precyzować zakres i istotę tej niezgodności.

136. Sygn. akt: KIO 2245/15, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2015 r.

Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie odwołującego, oferta nie odpowiada jak również wskazywać dlaczego w ocenie Odwołującego wymagania nie zostały spełnione.

W tym odwołaniu, w niektórych jego miejscach – to w zarzucie, to w uzasadnieniu Odwołujący wskazuje jakieś informacje, jednakże nie rozwijając ich, nie uzasadniając, nie odnosząc się do podanych, zasygnalizowanych treści takich jak załącznik nr 6a do SWIZ, poz. 29 załącznika nr 6 do SWIZ. Nie wskazuje również przyczyn, uzasadnienia faktycznego jakie w jego ocenie potwierdza naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy – to jest dokonywanie czynności w postępowaniu przez osoby gwarantujące bezstronność i obiektywizm.

Tym samym brak uzasadnienia faktycznego, jakiejkolwiek argumentacji w zakresie sygnalizowanych elementów w treści odwołania nie daje możliwości ich rozpoznania, bowiem w konsekwencji należy uznać, że nie stanowią one zarzutów.

137. Sygn. akt: KIO 2297/15, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2015 r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przepis art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wyznacza w sposób kategoryczny zakres rozpoznania odwołania. Zgodnie z jego treścią Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Pojęcie zarzutu należy przy tym traktować nie tylko jako wskazanie właściwego przepisu, w ramach którego mieściłaby się cała sfera różnych, rozszerzanych i rozbudowywanych już po wniesieniu odwołania okoliczności, ale zastrzeżenia formułowane przez odwołującego w ramach przypisanej im podstawy prawnej, wraz z okolicznościami faktycznymi, w ramach których odwołujący upatruje postulowanego naruszenia przepisów. W innym bowiem wypadku, wykonawca stawiając w odwołaniu ogólnie zarzut naruszenia konkretnego przepisu mógłby rozbudowywać podstawy faktyczne przypisywanego naruszenia, w sposób

odmienny i szerszy niż było to przedstawione w odwołaniu. Przykładowo, zarzucając niezgodność oferty z SIWZ w określonym zakresie, powody tej niezgodności mogłyby być swobodnie rozszerzane po złożeniu odwołania. Przypomnienia wymaga, że odwołanie składane jest w zawitym terminie a po jego upływie, nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów. Będzie to dotyczyło także nowej argumentacji faktycznej, jeśli będzie ona na tyle odległa od tej postawionej w odwołaniu, że nie będzie się ona mieściła w tezach stawianych na potwierdzenie zarzucanych naruszeń przepisów, a w istocie będzie tworzyła nowe, nieznane wcześniej podstawy tych zarzutów. W myśl bowiem art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie złożone po upływie terminu określonego w ustawie, jeśli zaś zarzuty zostały postawione później, w warunkach gdy część z nich podlega rozpoznaniu to zarzuty spóźnione, jako takie które postawione samodzielnie skutkowałyby odrzuceniem odwołania pozostawia się bez rozpoznania [tak też: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15].

138. Sygn. akt: KIO 2598/15, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokonana przez pełnomocnika odwołującego na rozprawie modyfikacja zarzutu odwołania jest niedopuszczalna. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wyznacza granice rozpoznania odwołania. Odwołujący jest uprawniony do tego, aby ograniczyć zakres rozpoznania odwołania przez wycofanie części zarzutów (*arg. a majorem ad minus* z art. 187 ust. 8 *in initio* Pzp), może również aż do zamknięcia rozprawy zmienić żądania odwołania, gdyż te, mimo że po myśli art. 180 ust. 3 Pzp stanowią niezbędny element odwołania, nie wiążą Izby. Zmiana zarzutów odwołania jest natomiast niedopuszczalna. Dostrzec bowiem trzeba, że postępowanie odwoławcze ma charakter sporny i toczy się na zasadzie równości stron. Żadna ze stron postępowania przed Izbą nie ma żadnych przywilejów procesowych. Zachowaniu tych wymogów służy m.in. związanie Izby zarzutami odwołania. W przeciwnym razie zamawiający mógłby w badanej sprawie wskazywać nowe przyczyny dla których odwołujący podlega wykluczeniu, a odwołujący mógłby stawiać kolejne zarzuty wobec zamawiającego. W każdym z tych przypadków przeciwnik w sporze byłby pozbawiony możliwości przygotowania swego stanowiska, co nie ma miejsca w sytuacji, gdy granice zarzutów odwołania identyfikują okoliczności faktyczne i prawne podlegające badaniu w postępowaniu odwoławczym.

Art. 192 ust. 9 i ust. 10

139. Sygn. akt: KIO 1934/15, Postanowienie KIO z dnia 30 września 2015 r.

Jednocześnie Izba mając na uwadze § 3 ust. 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia *[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) – przyp. red],* nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów w kwocie 3.598,98 zł, albowiem przedłożona faktura VAT nr (...) nie dowodzi, że dotyczy ona uzasadnionego kosztu poniesionego w związku z postępowaniem odwoławczym. W fakturze tej wskazano tylko, że dotyczy ona wykonania w miesiącu wrześniu 2015 r. usługi prawniczej świadczonej przez (...) Kancelaria Radców Prawnych X sp. p. z W., której kupującym jest 4 Y z W., a nie przykładowo wynagrodzenia pełnomocników, o którym mowa w powołanym § 3 ust. 2 lit. b rozporządzenia. Izba zauważa również, że treść wystawcy tej faktury nie potwierdza związku Kancelarii z toczącym się postępowaniem odwoławczym. Izba ponadto stwierdza, że Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej w postanowieniu z dnia 16 stycznia 2015 r., sygn. akt II Ca 725/14 stwierdził, że „ (...) w sytuacji, gdy cofnięcie odwołania następuje przed otwarciem rozprawy w Krajowej Izbie Odwo-

ławczej brak jest regulacji prawnych pozwalających na zasądzenie od odwołującego na rzecz przeciwników odwołania zwrotu jakichkolwiek poniesionych przez nich kosztów w postępowaniu odwoławczym".

140. Sygn. akt: KIO 2165/15, Wyrok KIO z dnia 20 października 2015 r.

Nie uwzględniono zawartego w odwołaniu wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów postępowania w wysokości wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na to, że ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów 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 – przyp. red.]* nie przyjął – odmiennie niż miałoby to miejsce na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., w spr. II CK 134/02] – zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aukcja elektroniczna – 82

B

Błąd w obliczeniu ceny – 69, 83, 84, 85

C

Cena:
- **– brutto** – 79
- **– jednostkowa** – 68, 77, 78
- **– rażąco niska** – 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 104, 128
- **– ryczałtowa** – 78
- **– sposób obliczenia** – 8, 79

Certyfikat – 33, 46

Ciężar dowodowy – 126, 128

Czyn nieuczciwej konkurencji – 65, 66, 67, 68, 76

D

Dokumentacja projektowa – 63, 68

Dokumenty – 39, 40
- **– forma** – 24
- **– język** – 11
- **– podmiotowe** – 12, 14, 16, 24, 25, 33
- **– przedmiotowe** – 33, 40, 53
- **– uzupełnianie** – 14, 16, 22, 25, 36, 37,38, 39, 40, 53, 113
- **– wyjaśnienia** – 16, 37

Dowody – 4, 11, 65, 78, 124, 125, 126, 127, 128

F

Formularz ofertowy – 49, 61, 81

Fax – 111, 121, 123

G

Gwarancja – 26, 27, 28, 29, 30

Grupa kapitałowa – 68

I

Interes:
- **– we wniesieniu środka ochrony prawnej** – 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105

K

Karta katalogowa – 60

Kary umowne – 61, 93, 94, 95

Komisja przetargowa – 76, 80

Konsorcjum – 12, 13, 22, 23

Kosztorys – 68

Koszty – 119, 139, 140

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 24

Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 24

Kryteria – 54, 64, 67, 79, 80, 81, 86

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 87, 98

N

Nieprawdziwe informacje – 17, 31

O

Odwołanie:
- **– cofnięcie** – 118, 119
- **– odrzucenie** – 121, 123
- **– uwzględnienie przez zamawiającego** – 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119
- **– wniesienie** – 7

Oferta:
- **– badanie i ocena** – 7, 8, 61, 64, 79, 80, 82

– **najkorzystniejsza (wybór)** – 2,44, 45, 89
– **niezgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia** – 47, 52, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 63
– **treść** – 40, 47, 48, 49, 50, 54, 59, 60, 61, 69
– **wariantowa** – 1
– **wyjaśnienie treści** – 7, 38, 47, 48, 49, 50, 51, 58, 81, 82, 85
– **zmiana** – 47, 49, 53, 54, 85

Ogłoszenie o zamówieniu – 46

Omyłka:
– **inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ** – 48, 49, 51, 52, 53, 54, 56, 58, 69, 81
– **pisarska** – 50, 82

Opcje – 42

Oświadczenie:
– **woli** – 47, 52, 55, 58
– **wiedzy** – 17, 25

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 23, 30

Pisemność – 32, 59, 111, 121, 122

Podatek VAT – 69, 83, 84, 85, 96

Podmiot trzeci – 16, 32, 33, 34, 35, 65

Podpis – 24, 30

Postępowanie odwoławcze – 73, 117, 118

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 2, 89

Postępowanie podzielone na części – 17, 101

Potencjał:
– **ekonomiczny (finansowy)** – 18, 19
– **kadrowy** – 17, 20
– **techniczny** – 21

Protokół postępowania – 90

Próbka – 57, 60

Przedmiar robót – 63, 68

Przedmiot zamówienia – 13, 21, 41, 42, 61, 62, 63

Przetarg ograniczony – 46

Przystąpienie/Przystępujący – 111, 112, 114, 117, 118

R

Referencje – 16, 36

Równoważność – 62

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 92

Sąd Najwyższy (SN) – 2, 6, 69, 121, 122

Sąd Okręgowy (SO) – 10, 13, 23, 40, 92, 104, 107, 122, 137, 139

Solidarna odpowiedzialność – 13

Specyfikacja –
– **modyfikacja** – 96
– **treść** – 12, 57, 58, 100
– **zapytania i wyjaśnienia** – 43, 55, 56, 58

Sprzeciw – 112, 114

Szkoda – 93, 100, 103, 104

Ś

Środki ochrony prawnej – 8, 98, 99, 101, 103, 104

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 104, 106

Termin –
– **odwołanie** – 106, 110, 121, 122, 137
– **realizacji zamówienia** – 1, 64
– **związania ofertą** – 45

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) – 32, 72

U

Umorzenie postępowania – 115, 116

Umowa:
– **klauzula waloryzacyjna** – 96, 97
– **o pracę** – 77, 81
– **uchylanie się od zawarcia umowy** – 89
– **wzór** – 91, 92, 93, 94, 95
– **zawarcie** – 2, 96
– **zmiana** – 96, 97

Unieważnienie postępowania – 87, 88, 89, 98, 103

Uprawnienia – 12, 13, 22

Usługi:
– telekomunikacyjne – 50

W

Wadium – 26, 27, 28, 29, 30, 44, 45

Wartość zamówienia – 42, 76, 77

Warunki udziału w postępowaniu – 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 31, 32, 33, 36, 39, 46, 107

Wiedza i doświadczenie – 14, 15, 16, 33, 34

Wizja lokalna – 41

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 46

Wykluczenie wykonawcy – 12, 36, 46

Wykładnia:
– literalna – 15, 27

Wynagrodzenie kosztorysowe – 68

Wynik postępowania – 10, 86, 88, 105, 106, 129, 130, 131

Z

Zamówienia:
– mieszane – 34

Zarzuty – 107, 108, 109, 115, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

Zasady udzielania zamówień publicznych:
– jawności – 9
– języka polskiego – 11
– pisemności – 59
– równego traktowania – 3, 36, 39, 43, 88
– uczciwej konkurencji – 3, 43, 88

Zdolność kredytowa – 18, 19, 35

Ż

Żądania – 113, 132, 138

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

1) **Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)** – 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 93, 94, 96, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

2) **Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. 2013 Nr 0 poz. 267)** – 24

3) **Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121)** – 23, 28, 30, 47, 55, 58, 59, 67, 91, 92, 93, 94, 126

4) **Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.)** – 140

5) **Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 2014 Nr 0 poz. 1502)** – 77

6) **Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)** – 5, 6, 9, 65, 66, 67, 68

7) **Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2013 poz. 1399)** – 14

8) **Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. 2015 Nr 0 poz. 1142)** – 24

9) **Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. 2015 Nr 0 poz. 1036)** – 24

10) **Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.)** – 84, 85

11) **Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r. Nr 223, poz. 1778)** – 2, 87, 121, 122

12) **Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529)** – 121, 122

13) **Ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 605)** – 83

14) **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)** – 32, 42

15) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L 335 z 20.12.2007, str. 31–46)** – 121, 122

16) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w spra-**

wie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 116, 119, 139, 140

17) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. tj. z 2014 r. poz. 964)** – 11, 111, 114, 120, 121, 125, 134, 135

18) **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. 2013 r. poz. 231)** – 25, 38, 39, 107

ISSN 1731-7207