

URZĄD ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 28

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 28

WARSZAWA, wrzesień 2018

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 28

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwilk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Niedziałek-Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)

Anna Kuszel-Kowalczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Dominika Serocka (Urząd Zamówień Publicznych)

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:

Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

Dominika Serocka (Urząd Zamówień Publicznych)

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

DTP:

Pracownia C&C Sp. z o.o.

Warszawa 2018 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	13
WYKAZ SKRÓTÓW	14
Art. 3 ust. 1 pkt 3	16
1. Sygn. akt: KIO 2159/17, Wyrok KIO z dnia 25 października 2017 r.	16
Art. 7 ust. 1	17
2. Sygn. akt: KIO 1790/17, Wyrok KIO z dnia 8 września 2017 r.	17
3. Sygn. akt: KIO 2008/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	17
Art. 8 ust. 3	17
4. Sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.	17
5. Sygn. akt: KIO 2028/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	18
6. Sygn. akt: KIO 2267/17, KIO 2290/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.	20
7. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.	20
8. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.	20
9. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.	22
Art. 22 ust. 1a.	22
10. Sygn. akt: KIO 1777/17, Wyrok KIO z dnia 7 września 2017 r.	22
11. Sygn. akt: KIO 1776/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.	22
12. Sygn. akt: KIO 2240/17, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2017 r.	23
Art. 22 ust. 1b pkt 2	23
13. Sygn. akt: KIO 2056/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.	23
14. Sygn. akt: KIO 2444/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	24
Art. 22 ust. 1b pkt 3	25
15. Sygn. akt: KIO 2160/17, Wyrok KIO z dnia 26 października 2017 r.	25
16. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.	25
Art. 22a	25
17. Sygn. akt: KIO 1299/17, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r.	25
18. Sygn. akt: KIO 1380/17, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2017 r.	26
19. Sygn. akt: KIO 1421/17, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r.	26
20. Sygn. akt: KIO 1598/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.	26
21. Sygn. akt: KIO 1755/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.	27
22. Sygn. akt: KIO 2098/17, Wyrok KIO z dnia 24 października 2017 r.	28
Art. 23.	28
23. Sygn. akt: KIO 1854/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.	28
24. Sygn. akt: KIO 2413/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	29

Art. 24 ust. 1 pkt 12	30
25. Sygn. akt: KIO 1714/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.	30
26. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.	31
Art. 24 ust. 1 pkt 13-14	31
27. Sygn. akt: KIO 1631/17, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2017 r.	31
Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17	32
28. Sygn. akt: KIO 1293/17, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r.	32
29. Sygn. akt: KIO 1232/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r..	32
30. Sygn. akt: KIO 1653/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.	33
31. Sygn. akt: KIO 1829/17, Wyrok KIO z dnia 19 września 2017 r..	33
32. Sygn. akt: KIO 1901/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r..	34
33. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r..	34
34. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.	34
Art. 24 ust. 1 pkt 19	35
35. Sygn. akt: KIO 1363/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r..	35
36. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.	35
37. Sygn. akt: KIO 2397/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	36
Art. 24 ust. 1 pkt 20	37
38. Sygn. akt: KIO 1761/17, KIO 1765/17, Wyrok KIO z dnia 15 września 2017 r.	37
39. Sygn. akt: KIO 2025/17, Wyrok KIO z dnia 11 października 2017 r.	39
40. Sygn. akt: KIO 2213/17, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r.	41
Art. 24 ust. 1 pkt 23	42
41. Sygn. akt: KIO 1785/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r..	42
42. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.	43
Art. 24 ust. 5 pkt 2	43
43. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.	43
Art. 24 ust. 5 pkt 4	44
44. Sygn. akt: KIO 1166/17, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r.	44
45. Sygn. akt: KIO 2095/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.	44
46. Sygn. akt: KIO 2106/17, Wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r.	45
47. Sygn. akt: KIO 2522/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.	46
Art. 24 ust. 5 pkt 7	46
48. Sygn. akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.	46
Art. 24 ust. 8	48
49. Sygn. akt: KIO 1522/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.	48
50. Sygn. akt: KIO 1851/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r..	48
51. Sygn. akt: KIO 2397/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	49
52. Sygn. akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.	50

Art. 24aa	50
53. Sygn. akt: KIO 1682/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.	50
54. Sygn. akt: KIO 2271/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.	51
55. Sygn. akt: KIO 2410/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.	51
56. Sygn. akt: KIO 2427/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.	51
57. Sygn. akt: KIO 2394/17, KIO 2409/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	52
58. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.	52
Art. 25 ust. 1	53
59. Sygn. akt: KIO 1816/17, Wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r.	53
60. Sygn. akt: KIO 2035/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.	53
Art. 25a ust. 1.	54
61. Sygn. akt: KIO 2413/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	54
Art. 26 ust. 1 i 2	54
62. Sygn. akt: KIO 1216/17, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r.	54
63. Sygn. akt: KIO 1933/17, Wyrok KIO z dnia 2 października 2017 r.	55
64. Sygn. akt: KIO 2003/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	55
65. Sygn. akt: KIO 2040/17, Wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r.	56
66. Sygn. akt: KIO 2056/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.	56
67. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.	57
Art. 26 ust. 3 i ust. 3a.	57
68. Sygn. akt: KIO 1611/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.	57
69. Sygn. akt: KIO 1978/17, Wyrok KIO z dnia 4 października 2017 r.	58
70. Sygn. akt: KIO 2003/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	58
71. Sygn. akt: KIO 2035/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.	59
72. Sygn. akt: KIO 2073/17, Wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r.	59
73. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r.	60
74. Sygn. akt: KIO 2218/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.	61
75. Sygn. akt: KIO 2319/17, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r.	61
76. Sygn. akt: KIO 2356/17, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r.	62
77. Sygn. akt: KIO 2632/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.	62
Art. 26 ust. 4	63
78. Sygn. akt: KIO 1664/17, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2017 r.	63
Art. 26 ust. 6	64
79. Sygn. akt: KIO 2160/17, Wyrok KIO z dnia 26 października 2017 r.	64
Art. 29 ust. 1 i 2	65
80. Sygn. akt: KIO 1598/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.	65
81. Sygn. akt: KIO 1686/17, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2017 r.	68
82. Sygn. akt: KIO 1777/17, Wyrok KIO z dnia 7 września 2017 r.	68
83. Sygn. akt: KIO 1789/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.	69

84. Sygn. akt: KIO 1869/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	70
85. Sygn. akt: KIO 1911/17, Wyrok KIO z dnia 29 września 2017 r..	70
86. Sygn. akt: KIO 2006/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	71
87. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.	71
88. Sygn. akt: KIO 2279/17, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r.	72
89. Sygn. akt: KIO 2478/17, KIO 2480/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r..	72
90. Sygn. akt: KIO 2506/17, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2017 r.	73
Art. 30b ust. 4	73
91. Sygn. akt: KIO 1578/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.	73
Art. 36a ust. 2.	75
92. Sygn. akt: KIO 1837/17, Wyrok KIO z dnia 21 września 2017 r..	75
Art. 36aa ust. 1	76
93. Sygn. akt: KIO 1241/17, KIO 1242/17, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2017 r.	76
94. Sygn. akt: KIO 1771/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.	76
95. Sygn. akt: KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2017 r.	77
96. Sygn. akt: KIO 2366/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.	78
Art. 36b.	79
97. Sygn. akt: KIO 1756/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.	79
98. Sygn. akt: KIO 2320/17, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2017 r.	80
99. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.	81
Art. 38.	81
100. Sygn. akt: KIO 2185/17, Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r.	81
Art. 43 ust. 2b pkt 2	82
101. Sygn. akt: KIO 2366/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.	82
102. Sygn. akt: KIO 2378/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.	82
Art. 51 ust. 1a.	83
103. Sygn. akt: KIO 1290/17, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2017 r..	83
Art. 84 ust. 2	83
104. Sygn. akt: KIO 2418/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r..	83
Art. 86 ust. 4	84
105. Sygn. akt: KIO 2418/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r..	84
Art. 86 ust. 5	84
106. Sygn. akt: KIO 2047/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.	84
Art. 87 ust. 1	85
107. Sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r.	85

108. Sygn. akt: KIO 1948/17, Wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r.	86
109. Sygn. akt: KIO 2082/17, Wyrok KIO z dnia 20 października 2017 r.	86
110. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.	87
111. Sygn. akt: KIO 2602/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.	88
Art. 87 ust. 2 pkt 3	88
112. Sygn. akt: KIO 1443/17, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r..	88
113. Sygn. akt: KIO 1411/17, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r..	89
114. Sygn. akt: KIO 1521/17, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2017 r..	89
115. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r..	89
116. Sygn. akt: KIO 1571/17, KIO 1615/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r..	90
117. Sygn. akt: KIO 1998/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.	91
118. Sygn. akt: KIO 2062/17, Wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r.	91
119. Sygn. akt: KIO 2253/17, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r.	92
Art. 89 ust. 1 pkt 2	93
120. Sygn. akt: KIO 1381/17, KIO 1397/17, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2017 r.	93
121. Sygn. akt: KIO 1463/17, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2017 r..	93
122. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r..	94
123. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.	95
124. Sygn. akt: KIO 2155/16, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2017 r.	96
125. Sygn. akt: KIO 1618/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.	96
126. Sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r..	96
127. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r..	97
Art. 89 ust. 1 pkt 3.	97
128. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r..	97
129. Sygn. akt: KIO 1476/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.	99
130. Sygn. akt: KIO 1553/17, KIO 1555/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r..	99
131. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.	100
132. Sygn. akt: KIO 1637/17, KIO 1673/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r..	101
133. Sygn. akt: KIO 1736/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.	101
134. Sygn. akt: KIO 2088/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.	103
135. Sygn. akt: KIO 2490/17, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.	104
136. Sygn. akt: KIO 2588/17, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017 r.	105
Art. 89 ust. 1 pkt 4	106
137. Sygn. akt: KIO 1476/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.	106
Art. 89 ust. 1 pkt 6	106
138. Sygn. akt: KIO 1625/17, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.	106
139. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r..	106
Art. 89 ust. 1 pkt 7b	107
140. Sygn. akt: KIO 1824/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r..	107
141. Sygn. akt: KIO 2023/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.	108

142. Sygn. akt: KIO 2437/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	108
143. Sygn. akt: KIO 2466/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	109
Art. 89 ust. 1 pkt 8	110
144. Sygn. akt: KIO 1617/17, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2017 r.	110
Art. 90 ust. 1 – 3	111
145. Sygn. akt: KIO 1379/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r.	111
146. Sygn. akt: KIO 1602/17, KIO 1614/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.	111
147. Sygn. akt: KIO 1609/17, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2017 r.	112
148. Sygn. akt: KIO 1682/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.	112
149. Sygn. akt: KIO 1573/17, KIO 1584/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.	113
150. Sygn. akt: KIO 2039/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.	114
151. Sygn. akt: KIO 1995/17, Wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r.	115
152. Sygn. akt: KIO 1930/17, KIO 1962/17, Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r.	115
153. Sygn. akt: KIO 2212/17, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r.	116
154. Sygn. akt: KIO 2411/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	117
155. Sygn. akt: KIO 2358/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	119
156. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.	119
157. Sygn. akt: KIO 2559/17, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2017 r.	121
158. Sygn. akt: KIO 2509/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.	122
Art. 91 ust. 2	123
159. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.	123
160. Sygn. akt: KIO 2525/17, KIO 2529/17, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2017 r.	124
Art. 91 ust. 2d	125
161. Sygn. akt: KIO 1747/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.	125
Art. 91 ust. 3	126
162. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r.	126
Art. 92 ust. 1	127
163. Sygn. akt: KIO 1278/17, KIO 1279/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r.	127
164. Sygn. akt: KIO 1647/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.	127
165. Sygn. akt: KIO 1782/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r.	127
166. Sygn. akt: KIO 1785/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r.	128
167. Sygn. akt: KIO 1858/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.	128
168. Sygn. akt: KIO 1895/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	129
169. Sygn. akt: KIO 2498/17, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2017 r.	129
170. Sygn. akt: KIO 2563/17, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2017 r.	129
Art. 93 ust. 1 pkt 4	130
171. Sygn. akt: KIO 1273/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r.	130
172. Sygn. akt: KIO 1565/17, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.	130
173. Sygn. akt: KIO 2032/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	133
174. Sygn. akt: KIO 2451/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	134

Art. 93 ust. 1 pkt 6	135
175. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	135
Art. 93 ust. 1 pkt 7	135
176. Sygn. akt KIO 1893/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r.	135
177. Sygn. akt KIO 1869/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	137
178. Sygn. akt KIO 2055/17, KIO 2063/17, Wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r.	137
179. Sygn. akt KIO 2049/17, Wyrok KIO z dnia 27 października 2017 r.	140
Art. 93 ust. 3 pkt 2	140
180. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	140
Art. 121 ust. 4.	141
181. Sygn. akt: KIO 1251/17, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2017 r..	141
Art. 131e ust. 4	142
182. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r..	142
Art. 131v	142
183. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r..	142
Art. 139 ust. 1.	143
184. Sygn. akt: KIO 1862/17, Wyrok KIO z dnia 26 września 2017 r..	143
185. Sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2017 r.	144
Art. 142 ust. 5.	145
186. Sygn. akt: KIO 1137/17, KIO 1147/17, KIO 1151/17, KIO 1157/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r.	145
Art. 179 ust. 1.	145
187. Sygn. akt: KIO 1499/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r..	145
188. Sygn. akt: KIO 1747/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.	146
189. Sygn. akt: KIO 1751/17, Wyrok KIO z dnia 14 września 2017 r..	146
190. Sygn. akt: KIO 1890/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r..	147
191. Sygn. akt: KIO 2006/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.	147
192. Sygn. akt: KIO 2021/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.	148
193. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r..	148
194. Sygn. akt: KIO 2426/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r..	149
195. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r..	149
196. Sygn. akt: KIO 2420/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r..	149
Art. 180 ust. 3.	150
197. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r..	150
198. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.	150
Art. 180 ust. 4.	151
199. Sygn. akt: KIO 1671/17, Postanowienie KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r.	151

Art. 182 ust. 1.	151
200. Sygn. akt: KIO 2024/17, Postanowienie KIO z dnia 2 października 2017 r.	151
Art. 182 ust. 2.	152
201. Sygn. akt: KIO 2302/17, Postanowienie KIO z dnia 6 listopada 2017 r.	152
Art. 185 ust. 2 – 4.	152
202. Sygn. akt: KIO 2368/17, Postanowienie KIO z dnia 22 listopada 2017 r.	152
203. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.	153
204. Sygn. akt: KIO 2358/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.	153
Art. 186.	153
205. Sygn. akt: KIO 2155/16, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2017 r.	153
206. Sygn. akt: KIO 2050/17, Postanowienie KIO z dnia 16 października 2017 r.	155
207. Sygn. akt: KIO 2114/17, Postanowienie KIO z dnia 20 października 2017 r.	155
208. Sygn. akt: KIO 2391/17, Postanowienie KIO z dnia 24 listopada 2017 r.	155
Art. 187 ust. 1.	156
209. Sygn. akt: KIO 1604/17, Postanowienie KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.	156
Art. 189 ust. 2 pkt 1	157
210. Sygn. akt: KIO 1559/17, Postanowienie KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.	157
211. Sygn. akt: KIO 2241/17, Postanowienie KIO z dnia 7 listopada 2017 r.	158
212. Sygn. akt: KIO 2283/17, Postanowienie KIO z dnia 9 listopada 2017 r.	158
213. Sygn. akt: KIO 2339/17, Postanowienie KIO z dnia 13 listopada 2017 r.	159
214. Sygn. akt: KIO 2579/17, Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.	160
Art. 189 ust. 2 pkt 2	161
215. Sygn. akt: KIO 2437/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.	161
216. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.	162
Art. 189 ust. 2 pkt 3	162
217. Sygn. akt: KIO 2315/17, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2017 r.	162
218. Sygn. akt: KIO 2362/17, Postanowienie KIO z dnia 22 listopada 2017 r.	163
Art. 189 ust. 2 pkt 6	163
219. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r.	163
220. Sygn. akt: KIO 2558/17, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.	163
221. Sygn. akt: KIO 2579/17, Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.	164
Art. 189 ust. 6.	164
222. Sygn. akt: KIO 2506/17, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2017 r.	164
Art. 190 ust. 1 – 7.	165
223. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.	165
224. Sygn. akt: KIO 1441/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.	165
225. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.	166
226. Sygn. akt: KIO 2472/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.	166

227. Sygn. akt: KIO 2540/17, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2017 r.	167
228. Sygn. akt: KIO 2600/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.	167
Art. 192 ust. 2.	168
229. Sygn. akt: KIO 1471/17, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r..	168
230. Sygn. akt: KIO 1643/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.	168
231. Sygn. akt: KIO 2021/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.	168
232. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.	169
233. Sygn. akt: KIO 2411/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r..	170
Art. 192 ust. 7.	171
234. Sygn. akt: KIO 1490/17, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r..	171
Art. 192 ust. 9–10.	171
235. Sygn. akt: KIO 1694/17, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2017 r.	171
236. Sygn. akt: KIO 2282/17, Postanowienie KIO z dnia 14 listopada 2017 r.	171
237. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.	172
Indeks rzeczowy	173
Akty prawne przywołane w orzeczeniach	176

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Zeszyt Orzeczniczy nr 28 obejmuje – dokonaną przez Zespół Redakcyjny Zeszytów – analizę ponad 1600 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wydanych w okresie ostatniego półrocza 2017 r.

237 też orzeczniczych wybranych do publikacji to orzeczenia KIO zasadniczo dotyczące już wyłącznie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w parciu o znowelizowane w 2016 r. przepisy Prawa zamówień publicznych (nowelizacja ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r.).

Uwzględniając tę okoliczność, niniejszy Zeszyt zawiera sporo też orzeczniczych odnoszących się do takich kwestii, jak: szczególne aspekty prowadzenia tzw. „procedury odwróconej” (tezy: 53, 54, 55), przedkładania dokumentów podmiotowych i przedmiotowych na koniec postępowania od wykonawcy najkorzystniejszego i aktualności tych dokumentów (tezy: 62–67), podział zamówienia na części i składania ofert częściowych (tezy: 93–96).

Warta uwagi jest liczba i charakter spraw rozpoznawanych we wskazanym okresie przez Izbę i wybranych do przedmiotowej publikacji, a dotyczących interpretacji nowego brzmienia obligatoryjnych przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, tj. przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (tezy: 28–34). Polecenia godne są również wybrane do Zeszytu orzeczenia KIO dotyczące nowych regulacji funkcjonujących od lipca 2016 r. w postępowaniach odwoławczych, tj. m.in. orzekanie przez Izbę o zarzutach dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w zamówieniach poniżej progów UE (tezy: 219–221) i brak kognicji Izby do rozpoznawania zarzutów odnoszących się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi poniżej wartości progów UE (tezy: 212–214).

Małgorzata Stręciwillk



Redaktor Naczelny
Zeszytów Orzeczniczych

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CEIDG	– Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ETS, TSUE	– 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
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
MPŚ	– Małe i Średnie Przedsiębiorstwa
nr	– numer
ustawa OIN	– ustawa o ochronie informacjach niejawnych
UOKIK, OchkonKU, u.k.k., uokik, ustawa o.k.k.	– ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
UOKIK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UZNK, z.n.k., Ustawa Pzp, PZP, pzp lub p.z.p.	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
PFU	– ustawa Prawo zamówień publicznych
PKD	– program funkcjonalno-użytkowy
pkt	– Polska Klasyfikacja Działalności
PKWiU	– punkt
poz.	– Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług
przyp. red.	– pozycja
RIPOK	– przypis redakcyjny
SN	– Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych
SO	– Sąd Najwyższy
SA	– Sąd Okręgowy
SIWZ, s.i.w.z. lub siwz	– Sąd Apelacyjny
t.j.	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
UE	– tekst jednolity
US	– Unia Europejska
ust.	– Urząd Skarbowy
UZP	– ustęp
	– Urząd Zamówień Publicznych

WIBOR

– *Warsaw Interbank Offered Rate* (referencyjna wysokość oprocentowania kredytów na polskim rynku międzybankowym)

VAT

– podatek od towarów i usług

ZA

– Zespół Arbitrów

zd.

– zdanie

ze zm.

– ze zmianami

ZUS

– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 3 ust. 1 pkt 3**1. Sygn. akt: KIO 2159/17, Wyrok KIO z dnia 25 października 2017 r.**

Izba wskazuje, że tzw. rozstrzygająca dodana w 2016 r. przesłanka, która miałaby zmieniać zakres podmiotowy stosowania przepisów Pzp, nie wywołuje takich skutków. Wskazuje na to analiza przepisów zarówno dyrektyw i orzecznictwa europejskiego, jak i opinia prawna UZP: „Podmiot prawa publicznego w świetle nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/podmiot-prawa-publicznego-w-swietle-nowelizacji-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>). Przy czym, należy się zgodzić, z tezą zawartą w tej opinii, że ta przesłanka: „nie posiada charakteru samostanowiącego, ale subsydiarny i należy rozumieć ją jako wskazówki interpretacyjne w kontekście pierwszego elementu definicji, tj. warunku dotyczącego powołania w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Tym samym, należy wyraźnie wskazać, iż nadanie przez ustawodawcę przepisowi art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nowego brzmienia nie wpływa automatycznie na zakres podmiotowy jego stosowania. W tym celu należy odwołać się do brzmienia motywu 10 do dyrektywy 2014/24/UE, a także motywu 21 i 12 odpowiednio do dyrektyw 2014/23/UE oraz 2014/25/UE, gdzie unijny prawodawca wskazał, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. W tych samych motywach preambuły cytowanych dyrektyw unijny prawodawca przypomniał, że termin „instytucje zamawiające”, a zwłaszcza termin „podmioty prawa publicznego” były wielokrotnie analizowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Zaznaczył zarazem, że zakres podmiotowy dyrektyw powinien pozostać niezmienny. W tym celu w dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE zachowane zostały definicje, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzono pewną liczbę objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym zamiarem unijnego prawodawcy nie była zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w orzecznictwie”. Izba nadto wskazuje, że na jej subsydialny charakter wskazuje sformułowanie „o ile”. W tym kontekście Izba podnosi, że Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że stosował przepisy Pzp przed wprowadzeniem tej przesłanki. Jednocześnie, Izba podnosi, że Trybunał uznał, że sam fakt występowania konkurencji nie wystarcza do wykluczenia możliwości, że podmiot finansowany lub kontrolowany przez państwo, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego może się kierować względami innymi niż ekonomiczne (orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem u Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV.*). Trybunał stwierdził także, że istnienie znaczącej konkurencji samo w sobie nie pozwala wysnuć wniosku, że nie mamy do czynienia z potrzebami w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Podobnie rzecz się ma z tym, że dany podmiot ma na celu zaspokajanie w szczególności potrzeb przedsiębiorstw handlowych. Aby dokonać rzetelnej oceny, czy potrzeby w interesie ogólnym, do których zaspokajania dany podmiot został powołany lub których zaspokajanie zostało mu powierzonych, mają nieprzemysłowy i niehandlowy charakter, należy wziąć pod uwagę szereg różnych czynników, w tym warunki, w jakich ten podmiot prowadzi swoją działalność (za orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy i Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy*, ECLI:EU:C:2003:300 oraz orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Korhonen* pkt 50; por. także wyrok z dnia 27 lutego

2003 r. w sprawie C-373/00 *Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110, pkt 61).

Art. 7 ust. 1

2. Sygn. akt: KIO 1790/17, Wyrok KIO z dnia 8 września 2017 r.

Co do zarzutu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że z naruszeniem tego przepisu mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do różnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia nie zawsze dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy określona konstrukcja tego opisu stawia w uprzywilejowanej sytuacji poszczególnych wykonawców kosztem innych (dyskryminacja podmiotowa – bezpośrednia) lub określone produkty lub rozwiązania technicznej (dyskryminacja przedmiotowa – pośrednia). Jest to konsekwencją tego, że co do zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być on dopełniony treścią innego – szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem różnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej.

3. Sygn. akt: KIO 2008/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Na wstępie należy poczynić ogólną uwagę, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wymagają ścisłej wykładni normy prawnej, z której wywodzony jest ten skutek, tak aby czynności zamawiającego nie prowadziły do dowolności ocen w postępowaniu, co naruszałyby zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Waga tych zasad przejawia się na każdym etapie postępowania i stanowi wytyczną dla oceny zgodności czynności z przepisami Ustawy. Zasady te powoływane są w większości orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w ich świetle Trybunał dokonywał oceny przepisów krajowych. W sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko (...)*, w orzeczeniu z 13.07.2017 r. Trybunał stwierdził między innymi, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk. Pomimo iż orzeczenie to nie dotyczy przesłanki wykluczenia z postępowania, której zaniechanie zastosowania stanowi podstawę zarzutów formułowanych w tym postępowaniu, to ogólna wytyczna dotycząca stosowania przepisów krajowych pozostaje aktualna.

Art. 8 ust. 3

4. Sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.

W ocenie Izby Wykonawca X sp. z o.o. nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy X sp. z o.o. stanowi kilkunastostronicowy dokument (13 stron). Treść tych wyjaśnień to przywołanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w ujęciu art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, [aktualnie po nowelizacji tej ustawy ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz. U. poz. 1637) definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została opisana w art. 11 ust. 2 – przyp. red.] przytoczone fragmenty wyroków sądów, wyroków KIO i stanowiska doktryny. W ocenie Izby nie stanowi

o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przywoływanie w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy X sp. z o.o. wyroków sądów, wyroków KIO czy stanowiska doktryny. To wykonawca w każdej poszczególniej sprawie powinien wykazać, co i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie zaś przedstawiać, co wg sądów czy doktryny może zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej części wyjaśnień Wykonawcy X sp. z o.o. znalazły się stwierdzenia ogólne, które nie opisują przyczyn, dla których konkretne informacje zostały przez tego Wykonawcę uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawierają wyłącznie wyjaśnienia o charakterze ogólnym, które nie odnoszą się wprost do jednoznacznie wskazanych informacji i przyczyn dla których właśnie te, a nie inne informacje, Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej niesprecyzowane *know-how* ani też na strategię cenową Wykonawcy, w sytuacji gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidualnie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania.

Ponadto w ocenie Izby nie stanowi o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przywoływane w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy X sp. z o.o.: opis budynku siedziby spółki czy też wyposażenie siedziby spółki, jak również kilka ogólnych zdań w podrozdziale środki prawne. Zawarcie w treści wyjaśnień ogólnych haseł nie wypełnia wymaganej przesłanki (zawartej w treści art. 8 ustawy [*Pzp – przyp. red.*]) wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Stosowanie przez poszczególne firmy zabezpieczeń (w postaci umów z pracownikami czy zabezpieczeń komputerowych) nie jest niczym nadzwyczajnym. Ponadto tego rodzaju zabezpieczenia, jak niszczenie dokumentów w niszczarce jest powszechnie przyjętą praktyką, stosowaną w odniesieniu do różnego rodzaju dokumentów. Nadto zabezpieczenie ma dotyczyć poszczególnej informacji i wykazane powinno zostać chronienie tej informacji jako wyjątkowej, nie zaś ogólnie opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u wykonawcy.

5. Sygn. akt: KIO 2028/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Na wstępie zaznaczyć należy, że przywołana powyżej regulacja, jakkolwiek umożliwia przedsiębiorcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyłom od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem (...), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. (ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2014.1232) stwierdzono wręcz, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 Pzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „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.” (uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji).

W konsekwencji stwierdzić należy, że aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnie-

nie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie wspomnianemu *ratio legis* komentowanego przepisu.

Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania”, Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tę kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp). Podkreślenia wymaga, że na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu w określonej formie (por. art. 25a ust. 1 i 2 Pzp), a nadto – jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) – również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U.2016.1126).

Zdaniem Izby z powyższej analizy, wbrew twierdzeniom Przystępującego, wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk [aktualnie po nowelizacji tej ustawy ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz. U. poz. 1637) definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 – *przyp. red.*]. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy etc.). (...)

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje, że nie podziela prezentowanej przez Odwołującego interpretacji, zgodnie z którą Wykonawca X nie zachował terminu na skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach. Należy mieć na uwadze, że w przypadku informacji, które przekazywane są zamawiającemu po upływie terminu składania ofert wykonawca zachowuje możliwość objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, pod warunkiem, że uczyni to jednocześnie z przedstawieniem takich informacji. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby nieracjonalne, jako że zmuszałoby wykonawcę do przewidywania jeszcze przed złożeniem oferty, czy i jakiego rodzaju informacje będzie przekazywał zamawiającemu w toku badania i oceny ofert i zastrzegania informacji *pro futuro*, niezależnie od tego, czy zajdzie w ogóle potrzeba posłużenia się nimi w postępowaniu.

6. Sygn. akt: KIO 2267/17, KIO 2290/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.

(...) skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp, tj. „wykazanie” jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątplenia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił”.

7. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, szczegółowej kalkulacji, załączników do niej, a także samego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajności wyjaśnień Przystępujący ograniczył się w zasadzie do przywołania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 znk [aktualnie po nowelizacji tej ustawy ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz. U. poz. 1637) definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 – przyp. red.]. oraz orzecznictwa sądów okręgowych, a także do wskazania ogólnych twierdzeń dotyczących zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie ogólnikowe stwierdzenia to zbyt mało, aby chociaż uprawdopodobnić uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie uzasadniono również, na czym polega wartość gospodarcza informacji zawartych w szczegółowej kalkulacji i kolejnych załącznikach czy to w odniesieniu do informacji o kosztach, czy też możliwym do osiągnięcia zysku. Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności. Jedyne w stosunku do kilku dokumentów można mówić o zasadności ich utajnienia, jak chociażby faktur VAT podwykonawców zawierających ceny za poszczególne usługi (załącznik nr 11 do wyjaśnień) czy też zarządzenia w sprawie ochrony bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w spółce X Sp. z o.o (załącznik nr 2 do wyjaśnień). Natomiast na pewno takiego przymiotu nie mają informacje z postępowań publicznych organizowanych przez inne podmioty, wykaz wyciągów z ofert z postępowań publicznych prowadzonych w trybie ustawy Pzp czy korespondencja z zamawiającym publicznym.

Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie za skuteczne w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności poszczególnych informacji ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie. W niniejszej sprawie Przystępujący tych przesłanek nie wykazał.

8. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

Aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona spełniać łącznie 3 cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny;
- informacja taka nie mogła zostać ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania celem zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nieujawniona do

wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie składu orzekającego Izby informacji ujęte w dokumentach przedmiotowych złożonych przez Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący nie wykazał skutecznie, że informacje posiadają dla niego określoną wartość gospodarczą, co prowadzić może do konkurencyjności jego oferty. Zastrzeżone karty katalogowe dotyczą produktów o ustalonych standardach, powszechnie dostępnych. Nie ma racji Przystępujący, twierdząc, że nie są to dokumenty ujawnione do wiadomości publicznej. W każdej z ofert należało wskazać w formularzu ofertowym nazwę urządzenia, jego producenta i symbol. Nie wymaga wiadomości specjalnych okoliczność, że to właśnie dany symbol identyfikuje konkretny produkt danego producenta, który na własnych stronach internetowych przedstawia specyfikację techniczną danego urządzenia. Złożone przez Przystępującego karty katalogowe nie są niczym innym, jak właśnie specyfikacją techniczną poszczególnych urządzeń. Już przez samo wymienienie urządzeń w formularzu ofertowym możliwe więc było ich zidentyfikowanie. Co więcej, sam Przystępujący podkreślał, że należało zaoferować sprzęt pochodzący z produkcji masowej, a więc nie były to urządzenia stosowane dla tego konkretnego Zamawiającego. W postępowaniu mamy do czynienia z dostawą sprzętu, bez konieczności stosowania specjalnych elementów konfiguracji dostarczanych urządzeń. Przedłożone i zastrzeżone dokumenty nie odnosiły się do źródeł zaopatrzenia i zbytu. Nie określono w nich warunków handlowej współpracy między Przystępującym a producentem poszczególnych urządzeń. Nie mogą mieć one zatem szczególnej wartości gospodarczej, ponieważ nie przywołano w nich uwarunkowań rynkowych dostępnych tylko dla Przystępującego. Karty katalogowe miały potwierdzać wymagania opisane w opisie przedmiotu zamówienia, który był jawny i jednolity dla wszystkich wykonawców. Zamawiający nie wymagał dostawy skomplikowanego systemu dedykowanego tylko na potrzeby jego jednostki. Podkreśla się w orzecznictwie, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Nie ulega także wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w kartach katalogowych są podmioty trzecie, nie zaś sam wykonawca. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że podmioty trzecie nie wyraziły zgody na ujawnienie informacji. Same twierdzenia, że Przystępujący prowadząc własne przedsiębiorstwo, stosuje i zachowuje politykę poufności informacji, nie odnosi się do kart katalogowych. Natomiast z tych dokumentów nie płyną inne informacje, na przykład o sposobie pracy zespołu Przystępującego, które wymagałyby utajnienia. Nie można podzielić twierdzeń Przystępującego i Zamawiającego, że w postępowaniu mamy do czynienia z takim zestawem urządzeń, które zostały indywidualnie dobrane dla potrzeb danego Zamawiającego. Zwrócić uwagę należy, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, zaoferowali podobne urządzenia, w bardzo zbliżonych cenach. Tak więc teza o unikalności rozwiązania Przystępującego nie znajduje oparcia ani w treści samej oferty tego wykonawcy, ani w dokumentach przedmiotowych w postaci kart katalogowych. Nie wykazano w żaden sposób, że cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych dokumentach obrazuje na tyle szczegółowo sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny i który stanowi także pracę konceptywną i twórczą.

9. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek określonych powyżej, w szczególności nie wskazał, czy, a jeśli tak, to jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności (stwierdzenie jedynie, że w niektórych przypadkach warunkiem współpracy było zawarcie umowy w zakresie poufności lub podjęcie zobowiązania dochowania tajemnicy handlowej zdaniem Izby jest niewystarczające). Co więcej, treść ww. oświadczenia Przystępującego wskazuje, że nie podjął on nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia 13 listopada 2017 r. informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem Przystępujący poprzestał jedynie na przytoczeniu treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dwóch wyroków KIO i ogólnych deklaracji, że wskazane informacje mają istotną wartość techniczną, technologiczną oraz organizacyjną, czego w ocenie Izby w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedstawiona przez Przystępującego na rozprawie uzupełniająca argumentacja stanowi w efekcie dodatkowe wykazanie istnienia przesłanek uzasadniających wyłączenie jawności i winna być przedłożona i oceniona przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, a zatem przed wyborem oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do dokumentu przedstawianego na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nim informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu, a nie dopiero w trakcie postępowania odwoławczego.

Art. 22 ust. 1a**10. Sygn. akt: KIO 1777/17, Wyrok KIO z dnia 7 września 2017 r.**

W tym miejscu przywołać należy ugruntowane stanowisko Izby, które, pomimo zmiany przepisów Pzp, nadal pozostaje aktualne. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i sformułowane z poszanowaniem konkurencyjnych reguł postępowania. Wobec tego stwierdzić należy, że określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyrażenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy (wyrok Izby z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2681/13).

11. Sygn. akt: KIO 1776/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.

Na wstępie rozważań co do zasadności zarzutów odwołania wskazać należy, że Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękopisami

należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.

12. Sygn. akt: KIO 2240/17, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2017 r.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, że odwołujący jako podmiot, który kwestionuje zasadność i prawidłowość opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, winien wykazać, że opisany przez zamawiającego warunek uniemożliwia lub może uniemożliwić temu właśnie wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. Na rozprawie zaś odwołujący na pytanie Izby oświadczył, że opisany przez zamawiającego warunek nie uniemożliwia mu złożenia oferty, a jedynie z uwagi na zakres przedmiotowy zamówienia, zamawiający winien postawić dodatkowe warunki udziału w postępowaniu. Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Podnieść bowiem należy, że to zamawiający jako gospodarz postępowania decyduje, jakie wymogi podmiotowe oraz przedmiotowe muszą spełnić wykonawcy, chcący uczestniczyć w danym postępowaniu. Skoro zaś opis zamawiającego nie wyklucza takiego udziału wykonawcy odwołującego, to nie sposób uznać takiego zarzutu za zasadny. (...)

Izba podziela w tym zakresie pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia z 18 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 644/17), w którym Izba stwierdziła, że to zamawiający decyduje o treści warunków udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do ich sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia.

Celem zamawiającego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które w przypadku uzyskania zamówienia będą je w stanie zrealizować w sposób zgodny z przepisami i umową. Jednak warunki nie powinny stanowić nadmiernej bariery, która wyselekcjonuje tylko te podmioty, które w sposób wyjątkowy, nadmierny spełnią warunki. Zawyżenie warunków udziału w postępowaniu będzie stanowiło nieuprawnione zawężenie grupy wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o zamówienia, ograniczy tym samym konkurencyjność i może doprowadzić do uzyskania mniej korzystnych ofert w postępowaniu.

Art. 22 ust. 1b pkt 2

13. Sygn. akt: KIO 2056/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.

(...) Zamawiający na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności, a nie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla przyszłego kontraktu. To właśnie ocena podmiotowa wykonawcy dokonywana w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (jej zakresu, wielkości zamówień, zdarzeń jakie występowały) ma stanowić podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Taka ocena nie jest tożsama z oceną prowadzoną na potrzeby przyszłego kontraktu, którego zakres wpływa na ustalenia ubezpieczyciela i gotowość objęcia ubezpieczeniem takiego przedsięwzięcia. W związku z tym skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę podziela wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż polisa kontraktowa co do zasady nie może być uznawana jako potwierdzająca spełnianie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przyjęcie takiej polisy mogłoby w skrajnych przypadkach prowadzić do tego, że wykonawca, który w ogóle normalnie nie prowadzi działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale zawarł umowę ubezpieczenia odpowiedzialności

cywilnej pod przyszłe konkretne zamówienie, byłby zweryfikowany pozytywnie niezależnie od rzeczywistej oceny działalności gospodarczej jaką prowadzi. Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej wystawiona przez (...) S.A. jest tzw. polisą kontraktową.

14. Sygn. akt: KIO 2444/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

W kwestii niewykazania spełniania przez Wykonawcę X warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Izba wyjaśnia, że argumentacja Odwołującego była chybiona, nie dotycząc istoty instytucji wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. Wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Wymóg ten nie jest też równoznaczny z objęciem ochroną ubezpieczeniową przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także – po drugie – możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiekującą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji powyższego pozbawiona normatywnego znaczenia jest okoliczność liczby przedstawionych przez Wykonawcę X polis OC oraz maksymalna wysokość możliwego do uzyskania na ich podstawie odszkodowania, bowiem nie są to aspekty podlegające badaniu na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pozytywnej oceny spełniania przez Przystępującego omawianego warunku udziału w Postępowaniu nie zmienia przywołana przez Odwołującego kwestia przewidzianych w polisach fransyz redukcyjnych. Pomijając fakt, że argumentacja ta podniesiona została dopiero na rozprawie, dowodząc rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutu odwołania, co do której aktualny pozostaje zakaz wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, to w świetle niezawierającej żadnych ograniczeń treści przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu zastosowanie fransyz redukcyjnych należało ocenić jako prawnie obojętne. Zwrócenie na nie uwagi stanowiło kolejny wyraz utożsamiania polisy wymaganej na potwierdzenie spełniania warunku z możliwością uzyskania na jej podstawie odszkodowania, ponieważ fransyza redukcyjna jest instytucją mającą zastosowanie do obliczania wysokości należnego od ubezpieczyciela świadczenia.

Nietrafne było również stanowisko Odwołującego w przedmiocie braku związku przedstawionych przez Przystępującego polis z przedmiotem zamówienia. Wspomniany związek, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia [*rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) – przyp. red.*] nie został przez ustawodawcę zdefiniowany, wobec czego doprecyzowywanie go zgodnie z intencją Odwołującego (powoływanie się na związek z „głównym przedmiotem zamówienia”, czy odnoszenie przedmiotu ubezpieczonej działalności wykonawcy do wartości odpowiadających jej świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia) nie mogło odnieść skutku. Bezsprzecznie w ramach zamówienia nastąpi dostawa sprzętu komputerowego, na który wykonawca zamówienia udzielił gwarancji szczegółowo opisanej w § 9 wzoru umowy. Skoro zatem ubezpieczoną spornymi polisami działalnością Wykonawcy X jest naprawa i konserwacja komputerów i urządzeń peryferyjnych, to – biorąc pod uwagę zarówno wspomniany element przed-

miotu zamówienia, jak i związane z nim obowiązki gwarancyjne – związek wymagany przepisem § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia został, w ocenie składu orzekającego, zachowany.

Art. 22 ust. 1b pkt 3

15. Sygn. akt: KIO 2160/17, Wyrok KIO z dnia 26 października 2017 r.

Zgodzić należy się także z Zamawiającym i Przystępującym, że nie istnieje ustawowa definicja pojęcia „należyte wykonanie”, nie jest w sposób zamknięty ustalony krąg zachowań, które mieszają się w należyтым wykonaniu albo jakie zachowania bądź zaniechania już nie wypełniają tego pojęcia. W ocenie Izby o należyтым wykonaniu usługi (w przypadku usług o charakterze ciągłym) można mówić, jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Prawdłowo zauważył na rozprawie Przystępujący, że do momentu, kiedy istota świadczenia odpowiada potrzebom Zamawiającego oraz zgodna jest z zaciągnięтым zobowiązaniem, nie może być mowy o nie-należyтым wykonaniu usługi. W przypadku umowy związanej z kompleksowym utrzymaniem dróg w określonym standardzie wykonawca zobowiązany jest do takiego wykonywaniu obowiązków umownych, które pozwolą dany standard osiągnąć. W osiągnięciu zaś tego standardu realizuje się cel umowy dla Zamawiającego. Ocenic zatem należy, biorąc pod uwagę treść poświadczeń lub innych dokumentów, czy cel ten został zrealizowany, w jakim stopniu i czy udało się to przy przestrzeganiu innych postanowień umownych (np. co do czasu, w którym dany standard należy osiągnąć). Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce takie naruszenia obowiązków zawodowych, przy którym można wywodzić nienależyte wykonanie umowy. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne.

16. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.

Izba podziela pogląd Zamawiającego oraz Przystępującego, iż świadczenie usługi na rzecz jednego podmiotu oraz bez przerwy w jej wykonywaniu, stanowi podstawę do uznania, iż mamy do czynienia z jedną usługą niezależnie od faktu na podstawie ilu umów jest świadczona (o ile nie zmienił się jej charakter). Fakt wykonywania danej usługi na podstawie więcej niż jednej umowy nie przesądza, iż są to dwie lub więcej usług. Zamawiający nie wymagał w treści warunku, aby każda z usług była wykonywana w ramach jednej umowy, co potwierdził na rozprawie.

Przystępujący w wykazie usług wskazał dwie usługi, z których każda trwała dłużej niż 12 miesięcy, i jak potwierdził Przystępujący także na rozprawie, w ramach każdej z tych usług zebrano w ciągu 12 miesięcy odpady w ilości przekraczającej wymagane przez Zamawiającego 2000 Mg. A zatem brak podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełnienia powyższego warunku udziału.

Art. 22a

17. Sygn. akt: KIO 1299/17, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r.

Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy do powołania się – celem wykazania warunków udziału w postępowaniu – na zasoby podmiotów trzecich. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia – prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrea-

lizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane, ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób.

18. Sygn. akt: KIO 1380/17, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2017 r.

Co do możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu udostępniającego swoje zasoby, o którym mowa w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych – to oczywiście takie uprawnienie wykonawcy posiadają. Należy jednak zwrócić uwagę, że – w kontekście obowiązujących przepisów dyrektyw, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz orzecznictwa TSUE – uprawnienie to jest ograniczone zarówno pewnymi warunkami (wskazanymi m.in. w art. 22a ust. 2–4 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i w czasie, tj. w chwili składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ewentualnie, jeśli nie było obowiązku takiego wskazania w ofercie lub wniosku – w chwili przedstawiania dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli wykonawca nie uczyni tego w tym momencie, uprawnienie to wygasa, zastąpione przez zakaz zmiany oferty.

19. Sygn. akt: KIO 1421/17, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r.

Oświadczenie własne wykonawcy nie jest wystarczające, w świetle art. 22a ust. 2 Pzp, do udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia.

(...) dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny. Treść zobowiązania powinna zatem bezspornie i jednoznacznie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Wyłącznie poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu posiadania prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.

20. Sygn. akt: KIO 1598/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Odwołujący bezzasadnie domaga się uprzywilejowania wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż naruszałoby to wprost zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp. Izba podziela ocenę Zamawiającego, ponieważ w obydwu przypadkach celem jest wykazanie spełniania warunków udziału w sytuacji, gdy pojedynczy wykonawca nie spełnia tych warunków samodzielnie, nie ma podstaw, aby różnicować sytuację wykonawców w zależności od tego, na którą z tych formuł się zdecydują.

Odwołujący bezpodstawnie powołuje się na art. 22a ust. 1 pzp, z którego wcale nie wynika, że wykonawcy polegający na zasobach podmiotów trzecich mogą wykazywać spełnienie warunków udziału w sposób dowolny, abstrahując od ustanowionych przez zamawiającego

sposobu spełnienia warunku udziału. Skoro w tym postępowaniu zarówno od pojedynczego wykonawcy, jak i od konsorcjum wykonawców wymagane jest uprzednie dwukrotne wykonanie podobnego zamówienia, nie sposób, aby dokonywana przez Zamawiającego na mocy art. 22a ust. 3 pzp ocena, dokonywała się według odmiennych reguł.

Dopuszczalność ograniczenia sumowania doświadczenia podmiotów trzecich została już uprzednio przesądzona w orzecznictwie Izby m.in. w wyroku z 29 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1714/17) czy uchwale z 23 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 62/14).

21. Sygn. akt: KIO 1755/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.

Istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest przywołanie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Ustawodawca wprowadzonym – nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przesądził, budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest – w szczegółowo określonych sytuacjach – do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego – w sposób bezpośredni – w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia – co zostało dostrzeżone przez Ustawodawcę – zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których podmiot trzeci musi czynnie uczestniczyć przy realizacji zamówienia. Zatem przywołany przepis dopuszcza możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich – z zastrzeżeniem jednak, że w robotach budowlanych i usługach – poleganie na potencjale podmiotów trzecich musi być realne, a wykonawca nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału – wyłącznie formalnie na potrzeby konkretnego postępowania – powoływać się na potencjał podmiotów trzecich, bez rzeczywistego zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie – złożone przez Przystępującego wraz z ofertą – do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie było zobowiązaniem realnym, gdyż z jego treści wynikało, że podmiot udostępniający doświadczenie nie zrealizuje przedmiotowych robót budowlanych. Ponadto niniejsze udostępnienie miało nastąpić poprzez doradztwo techniczne i organizacyjne. Wykonawca w ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Powyższe potwierdziło również złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy X Sp. z o.o. Zatem wykonawca w sposób kategoryczny zadeklarował, że nie będzie posiłkował się żadnym podmiotem przy realizacji tego zamówienia, deklarując, że wykona opisane roboty budowlane samodzielnie.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że pierwotnie złożonego oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie – a odnoszącego się do samodzielnej realizacji zamówienia – w tym stanie faktycznym nie można było uznać za omyłkę pisarską. Zamiar wykonawcy – odnoszący się do niezaangażowania firmy X Sp. z o.o. w realizację tego zamówienia – w sposób wyraźny znalazł swoje odzwierciedlenie w złożonej przez wykonawcę ofercie. Nie budziło żadnych wątpliwości, że o zawarciu umowy o podwykonawstwo (i jego zakresie) Zamawiający nie mógł w żaden sposób dowiedzieć się z oferty Przystępującego. Nie istniały żadne wątpliwości, co do intencji samodzielnego wykonania przez Przystępującego zamówienia, co potwierdza jego oświadczenie złożone w pkt 12 oferty, jak również złożone zobowiązanie.

Nie można zgodzić się z Przystępującym, że składając oświadczenie woli w ofercie popełnił oczywistą omyłkę pisarską – oświadczając, że nie zamierza zrealizować tego zamówienia przy udziale podwykonawców. Zgodzić należało się również z Odwołującym, że działania Przystępującego wskazywały na świadome jego działanie – co do samodzielnej realizacji tego zamówienia – a zaakceptowanie zmiany oświadczenia woli wykonawcy dokonane pismem z dnia 5 lipca 2017 r. należało uznać jako zmianę oferty wykonawcy (istotną jej modyfikację), co w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać jako niedopuszczalne negocjacje wykonawcy z Zamawiającym. Zatem modyfikacja oświadczenia woli Przystępującego niewątpliwie w tym stanie faktycznym miała miejsce, wykonawca pismem z dnia 5 lipca 2017 r., zmieniając swoje poprzednie oświadczenie woli – wskazał, że firma X Sp. z o.o. zrealizuje 25% wartości zamówienia, zatem po terminie składania ofert w sposób istotny dokonał zmiany pierwotnie złożonego wraz z ofertą oświadczenia woli.

22. Sygn. akt: KIO 2098/17, Wyrok KIO z dnia 24 października 2017 r.

Zauważyć należy, że przepisy Pzp nie regulują kwestii dotyczących zasad dysponowania odpowiednimi narzędziami czy sprzętem przez sam podmiot trzeci. Przyjąć należy zatem, że podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swoje zasoby techniczne (sprzęt, narzędzia) może dysponować udostępnianym sprzętem nie tylko jako posiadacz samoistny (właściciel), ale także jako posiadacz zależny (najemca, dzierżawca, zastawnik). Innymi słowy, okoliczność na jakich zasadach podmiot trzeci dysponuje sprzętem, który udostępnia wykonawcy do realizacji zamówienia, jest bez znaczenia dla oceny, czy udostępniony potencjał techniczny ma charakter realny. Istotne przy ocenie udostępnianego wykonawcy zasobu w postaci narzędzi i sprzętu jest wykazanie, czy będzie on faktycznie temu podmiotowi dostępny na czas realizacji zamówienia.

Powyższe stanowisko znajduje zastosowanie w odniesieniu do zasobu dotyczącego potencjału technicznego, co do którego nie jest konieczny bezpośredni udział samego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Natomiast w odniesieniu do innych zasobów, np. wiedzy i doświadczenia, nie ma możliwości powoływania się przez podmiot trzeci na doświadczenie jeszcze innego podmiotu.

Art. 23

23. Sygn. akt: KIO 1854/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017r.

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

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

łów zamówienia. Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05, podobnie wyrok, który przywołał w odwołaniu Odwołujący). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególne jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. (...)

Odnosząc się do zarzutów związanych z nieprawidłowością reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum i błędach w złożonych pełnomocnictwach, to zauważyć należy, że wykładnia oświadczenia woli, rozumiana w myśl przepisu art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Pzp, jednoznacznie wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zatem oświadczenie woli Przystępującego wyrażone poprzez złożenie oferty przez grupę wykonawców, daje się ocenić (wyłożyć, tłumaczyć) w sposób, który potwierdza określone, ustalone okoliczności, w których zostało złożone, w oparciu o dokumenty, z których taka wola zostaje jednoznacznie uzewnętrzniona, to nie sposób rozumieć takiego oświadczenia w sposób odmienny. Z całokształtu złożonych dokumentów wynika, iż Lider konsorcjum, odpowiednio umocowany przez poszczególnych jego członków i uprawniony do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie posiadanego umocowania, działając w imieniu i na rzecz konsorcjum upoważnił pana Wojciecha T. do podpisania i złożenia oferty za konsorcjum. Innymi słowy, pełnomocnictwo dla pana Wojciecha T. podpisał upoważniony przedstawiciel Lidera konsorcjum. Lider konsorcjum, na mocy pełnomocnictw otrzymanych od poszczególnych członków konsorcjum, uprawniony był do działania w imieniu konsorcjum i udzielania dalszych pełnomocnictw. Dlatego też udzielenie przez Lidera pełnomocnictwa do działania w imieniu Lidera uznać należy za upoważnienie do działania w imieniu całego konsorcjum, ponieważ tak określony został zakres działania Lidera, a przede wszystkim taka była wola poszczególnych konsorcjantów. Co do uznania za nieprawidłowe podpisanie pełnomocnictwa jedynie przez jednego prokurenta, to zgodnie z zapisami odpisu KRS w spółce ustanowiono prokurę samoistną, zatem nawet jeżeli w zasadach reprezentacji przewidziano współdziałanie członka zarządu z prokurentem, nie ograniczało to praw prokurenta samoistnego do samodzielnego działania. Takie ograniczenie w sposobie reprezentacji działa bowiem w drugą stronę, jest to ograniczenie dla członka zarządu, nie zaś dla prokurenta. Istotą prokury samoistnej jest możliwość samodzielnego działania w ramach posiadanych upoważnień.

24. Sygn. akt: KIO 2413/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Słusznie zauważył Zamawiający, że przy uznaniu, że pojedynczy konsorcjant nie nabywa doświadczenia całego konsorcjum, nie można odmówić takiego doświadczenia podmiotowi, który rzeczywiście wykonuje roboty. Istotą rozpoznawanego zarzutu nie jest ocena zero jedynkowego wskazania (...), że zamówienie realizowane było wspólnie przez wykonawców, więc żaden z podmiotów nie nabył doświadczenia – do czego w swej argumentacji zmierza Odwołujący, lecz istotą rozpoznania jest ocena, czy w ramach realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie je realizujących dany wykonawca nabył doświadczenie pozwalające

mu na wykazanie spełnienia określonego warunku. Podkreślenia wymaga, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1854/17). Powyżej wskazane stanowisko dostrzegalne jest w orzecznictwie, jak również doktrynie tematu, bowiem ma ono szczególne znaczenie, z jednej strony dające podmiotom realizującym w znacznym rozmiarze kontrakt możliwość wykazywania się nabytym doświadczeniem, z drugiej strony eliminuje możliwość posługiwania się doświadczeniem całego „konsorcjum” przez wykonawców, którzy realizowali kontrakt w marginalnym zakresie. Z dokumentów jakie znajdują się w aktach sprawy, a które pozyskał Zamawiający od Urzędu Miasta R., tj. Umowy Konsorcjum z dnia 30 stycznia 2013 roku, wynika, że X był pełnomocnikiem konsorcjum (liderem) wynika i że na etapie realizacji kontraktu podmiot ten będzie sprawował ogólne kierownictwo i koordynację prac objętych kontraktem, natomiast Partner konsorcjum między innymi miał się stosować do poleceń i wskazówek Lidera konsorcjum wydawanych w związku z realizacją kontraktu. Podkreślenia wymaga również, że strony kontraktu ponosiły solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie. Zamawiający wskazał w swoim stanowisku, że jakkolwiek Umowa konsorcjum nie określała dokładnie udziału każdego z wykonawców w realizacji prac, to w ocenie Zamawiającego udział X jako lidera był większy aniżeli wymagane w warunku dwadzieścia milionów złotych w odniesieniu do kwotowego udziału. Izba zaznacza w tym miejscu, że Odwołujący w tym zakresie nie poczynił żadnej argumentacji, nie podjął próby wykazania, udowodnienia, że udział X w realizacji zamówienia nie był na wystarczającym poziomie do wykazania spełnienia warunku. Podejście Odwołującego jakie wskazał w uzasadnieniu odwołania prowadziłoby do sytuacji, w której żaden wykonawca realizujący kontrakt wspólnie z innymi podmiotami nie mógłby posłużyć się tak pozyskany doświadczeniem. Nie można uznać takiego stanowiska za prawidłowe. We wskazanym przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE również wskazane zostało, że doświadczenie wykonawcy, które jest doświadczeniem uzyskanym przez grupę wykonawców, a której on był członkiem, należy określać w zależności od konkretnego udziału tego wykonawcy w realizacji zamówienia, a więc faktycznego wkładu w realizowane zamówienie, które wymagane było od wykonawców wspólnie je realizujących.

Art. 24 ust. 1 pkt 12

25. Sygn. akt: KIO 1714/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.

Dokonując analizy ww. przepisów – w ocenie Izby Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania – za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu – ze względu na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nadanego nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), który wskazuje, że wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś wykonawców którzy tych warunków nie spełniają – jak wynikało to z poprzednich nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (np. nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., Dz. U. Nr 82, poz. 560), co oznacza, że to na wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadą – przyjętą nowelizacją ustawy Pzp z dnia 2009 r. i obowiązującą – jest obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, poprzez składa-

ne dowody w postaci m.in. poświadczeń należytego wykonania zamówień. Zatem ciężar dowodzenia wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy – a w niniejszym postępowaniu wykonawca nie wykazał Zamawiającemu, że dostawa promów wskazana w wykazie realizowana była w ramach jednego kontraktu.

26. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.

Izba podkreśla, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Izba podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie i doktrynie pogląd, iż kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych w ofercie należy analizować, mając na względzie art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny znajdujący zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp. W stosunku bowiem do profesjonalistów – a za takich należy uważać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upewnić się, że to, co oświadcza, odpowiadało prawdzie (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Wykonawca musi zatem brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotykają w przypadku niedochowania należytej staranności podczas przygotowywania oferty, w tym – tak jak w niniejszym przypadku – przyznanie niższej liczby punktów w danym kryterium na skutek błędów w oświadczeniu dotyczącym uprawnień oraz kwalifikacji dla osób sprawdzających, które było podstawą do weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”.

Art. 24 ust. 1 pkt 13–14

27. Sygn. akt: KIO 1631/17, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2017 r.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty składane przez podmiot zagraniczny, ze względu na możliwe różnice w sposobie uregulowania poszczególnych instytucji prawnych, mogą się różnić od dokumentów wystawianych w Polsce. Obowiązkiem zamawiającego jest ocena dokumentów składanych przez podmiot zagraniczny z uwzględnieniem wspomnianych ewentualnych odmienności, a w razie wątpliwości – umożliwienie takiemu wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści przedstawianych dokumentów.

W ocenie Izby u podstaw błędu Zamawiającego legło nieuzasadnione przekonanie, jakoby – po pierwsze – z faktu braku powszechnej dostępności do informacji o zatartych skazaniach wynikało, że informacje o nich nie były odzwierciedlane w treści wydawanych zaświadczeń, a po drugie – że wspomniana informacja jest uzewnętrzniana przez zamieszczenie w treści zaświadczenia odpowiedniej klauzuli stwierdzającej brak okoliczności negatywnej (tu – zatartego skazania), podobnie jak to w odniesieniu do niekaralności, ma miejsce w przypadku zaświadczenia wydawanego z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”).

Skład orzekający stwierdził jednak, że na poparcie tej argumentacji Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów. Załączone do odwołania dokumenty i wydruki dotyczyły okoliczności, które zasadniczo albo nie dotyczyły istoty sporu (procedury zatarcia skazania, długości okresów czasu, po których skazanie ulega zatarcu), albo nie były sporne (istnienie instytucji zatarcia skazania, pozostawanie wpisów o skazaniach, które uległy zatarcu w rejestrze). Jedy- nym wnioskiem przydatnym do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, jaki można wyciągnąć z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego było stwierdzenie o różnicach pomiędzy

polskim a izraelskim porządkiem prawnym, który Zamawiający jednak zignorował. Usiłował bowiem przenieść obowiązujący w Polsce sposób potwierdzania niekaralności na grunt regulacji obowiązujących w Izraelu, o czym świadczy zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja o aktualności zaświadczenia z KRK i przywołane na jej poparcie orzecznictwo Izby.

Rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, skład orzekający oparł się na przedstawionym przez Odwołującego piśmie Policji Izraela z 3 sierpnia 2017 r., jako że dokument ten pochodził od organu, do którego kompetencji – jak wspomniano – należy wydawanie zaświadczeń o niekaralności. *Clou* problemu zawiera się w pkt 3 pisma, stanowiącym – wbrew odmiennym poglądom Zamawiającego – podsumowanie sytuacji prawnej konkretnych osób (wymienionych w nim członków organu zarządzającego odwołującego się wykonawcy), wyrażające się stwierdzeniem, że nawet gdyby wystąpili oni o wydanie zaświadczeń w dacie sporządzenia tego pisma, to otrzymane przez nich dokumenty, podobnie jak zaświadczenia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowiłyby potwierdzenie, że nie byli oni karani również w 2015 r. Wydaje się zresztą, że Zamawiający miał świadomość zaniechania wyjaśnienia z Odwołującym tej kwestii, o czym świadczy zawarte w protokole rozprawy twierdzenie, zgodnie z którym „[...] gdyby informacja w nim (pkt 3 pisma Policji Izraela – przyp. Izby) zawarta znalazła się w uzupełnianych dokumentach w formie wyjaśnienia Odwołującego to kwestia ta została by wyjaśniona w sposób pełniejszy niż miało to miejsce [...]” (protokół, str. 5).

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17

28. Sygn. akt: KIO 1293/17, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r.

Podobnie jak przy innych podstawach wykluczenia z postępowania, również te wskazane w pkt 16 i 17 art. 24 ust. 1 Ustawy, należy stosować tylko w tych przypadkach, kiedy Zamawiający może w sposób niebudzący wątpliwości wskazać nieprawdziwą informację (wprowadzającą w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu), pod wpływem której dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdy Zamawiający nie dochowa staranności przy ocenie oświadczeń i dokumentów, chociaż nieścisłość w oświadczeniu Wykonawcy była łatwa do zauważenia i mogła być wyjaśniona, uznanie, iż zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Aby zapewnić transparentność czynności Zamawiającego i ograniczyć ryzyko wywiedzenia nieprawidłowych ocen, wszelkie niejasności powinny być wyjaśnione przed podjęciem decyzji, na właściwym etapie postępowania. Dotyczyć to może dokumentów tak pochodzących od Zamawiającego (siwz), jak i wykonawców.

29. Sygn. akt: KIO 1232/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny, brak władztwa zamawiającego w stosunku do wykonawców potwierdza odesłanie zawarte w art. 14 Pzp, na podstawie którego do czynności wykonawców i zamawiającego w toku postępowania, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Pojęcie lekkomyślności użyte w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie jest znane prawu cywilnemu. Doktryna prawa karnego definiuje lekkomyślność jako postać winy nieumyślnej (świadoma wina nieumyślna), stan, w którym sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zarówno na

gruncie prawa karnego, jak i prawa cywilnego jest nieumyślną postacią winy. Niedbalstwo rozumiane cywilistycznie polega na niedołożeniu należytej staranności.

Przenosząc te rozważania na grunt przepisów ustawy, należy uznać, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można mieć wątpliwości, że przywołany przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

30. Sygn. akt: KIO 1653/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby przedstawienie takich informacji w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tę ocenę bez wątpienia należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

31. Sygn. akt: KIO 1829/17, Wyrok KIO z dnia 19 września 2017 r.

Mając na względzie fakt, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu obejmującym tożsamy, co aktualnie, przedmiot zamówienia Odwołujący posłużył się w wykazie osób tym samym zamówieniem (z tą różnicą, że wówczas wskazał inną osobę, która miała je wykonać), za co został wykluczony, Izba uznała, że *ad casum* Odwołujący działał w warunkach rażącego niedbalstwa.

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (zob. A. Olejniczak: Komentarz do art. 415 K.c. [w:] A. Kidyba (red.): Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna, LEX/el.). W konsekwencji przyjęć należy, że niedbalstwo to nic innego jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 K.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu itd.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro Odwołujący po raz kolejny zdecydował się, opisując doświadczenie zawodowe personelu, powołać na zamówienie, którym posłużył się stanowiło już przyczynę wykluczenia z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to powinien był ustalić w sposób niebudzący wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała. Tłumaczenie Odwołującego, zgodnie z którym „[...] opisując doświadczenie osobiste projektantów którymi dysponuje, polegał (...) jedynie na informacjach przekazanych przez te osoby [...]” stanowi – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – przejaw braku zachowania należytej staranności w stopniu rażącym, skoro Odwołujący kwestię wyko-

nawstwa spornego zamówienia już raz ustalił wadliwie, za co został przez Zamawiającego wykluczony.

32. Sygn. akt: KIO 1901/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.

Odwołujący utrzymywał, że odwołującemu nie można przypisać lekkomyślności lub niedbalstwa, ponieważ – co do oznaczenia inwestycji – polegał na oświadczeniu podmiotu trzeciego (Henryk B.), a dodatkowo żaden z członków odwołującego się konsorcjum nie brał udziału w realizacji inwestycji wskazanej w pozycji 6.

Stanowiska odwołującego sprowadza się więc w istocie do tego, że o ile nie ma on wiedzy na temat danej inwestycji wynikającej z jego w niej udziału, to nie można przypisać mu lekkomyślności lub niedbalstwa, gdy polega on na oświadczeniu podmiotu trzeciego.

Skład orzekający Izby stanowiska tego nie podziela, wskazując, że staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym co do nazwy inwestycji, tym bardziej w sytuacji, gdy to sama nazwa (ze względu na brak bardziej szczegółowych danych i opisów inwestycji) decyduje o możliwości jej identyfikacji. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, oświadczenia, aby deklarowany w nich stan odpowiadał rzeczywistości.

Weryfikacja ta winna zatem nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu, wobec czego późniejsze działania podjęte przez odwołującego, nawet te z inicjatywy własnej (pismo z dnia 24 sierpnia 2017 r.), pozostają bez znaczenia dla oceny staranności/braku staranności przy przedstawianiu zamawiającemu informacji o oznaczeniu inwestycji z pozycji 6 Wykazu osób.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone przykładowo we wskazanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołaniu wyroku Izby zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 576/17, zgodnie z którym: „przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia podmiotu trzeciego), który pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy” (str. 40 zdanie ostateczne, str. 41 zdanie pierwsze).

33. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r.

Analizując zaistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 należy zauważyć, że posługuje się ona zwrotem w formie dokonanej – „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. (...)

Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać.

34. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd za-

mawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Pojęcie „wprowadzenia w błąd” jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

Warto zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie, gdy wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czyli *de facto* jedynie w przypadku, gdyby brak wskazania nazw podwykonawców w JEDZu stanowił przesłankę wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy.

Art. 24 ust. 1 pkt 19

35. Sygn. akt: KIO 1363/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r.

Istota sporu sprowadzała się do tego, czy fakt realizacji dokumentacji projektowej przez spółkę powiązaną osobowo i biznesowo z członkiem konsorcjum, wypełnia przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 19 [ustawy Pzp – *przyp. red.*]. W ocenie Izby, z uwagi na konsekwencje w postaci wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu, przesłanki wykluczenia należy interpretować w sposób ścisły. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu wykluczeniu podlega wykonawca, który brał udział w przygotowaniu postępowania lub którego pracownik, a także osoba wykonująca prace na podstawie umowy zlecenia, o dzieło agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu postępowania. Przepis ten nie wskazuje na jakiegokolwiek inne powiązania rodzinne i osobowe, które mogłyby powodować wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

36. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.

Wskazać jednak należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp, aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić udział wykonawcy w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie – ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania jest dopuszczalny i jako taki nie może stanowić podstawy do automatycznego wykluczenia wykonawcy z tego postępowania. Zatem w ocenie Izby niewystarczające jest uznanie, że podstawą wykluczenia miałyby być fakt sporządzenia elementów dokumentacji przedprojektowej na potrzeby danego postępowania, koniecznym jest bowiem przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabrilcom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócono uwagę na brak automatyzmu przy wykluczeniu wy-

konawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 9/2013 (wydanej jeszcze na gruncie uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, zachowującej jednak częściowo aktualność w obowiązującym stanie prawnym) fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej, nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia. Wykonawca taki, opracowując dokumentację projektową, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak informacje te wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację projektową na potrzeby postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

(...) z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. W szczególności z samego faktu sporządzenia przez Przystępującego X dokumentacji przedprojektowej, której elementy zostały wykorzystane na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie można wywodzić, iż Zamawiający naruszył 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Jakkolwiek wcześniejsze poznanie elementów dokumentacji postępowania może stawić w dogodniejszej pozycji Przystępującego X, to to udogodnienie musi mieć jeszcze charakter takiego, które po pierwsze utrudnia uczciwą konkurencję, po drugie powstałe w ten sposób zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane poprzez inne czynności niż wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dopóki zatem nie można udowodnić powyższych okoliczności, dopóty nie można twierdzić o naruszeniu tych przepisów.

37. Sygn. akt: KIO 2397/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

(...) Zamawiający, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp w pierwszej kolejności musi dokonać analizy, czy zostały spełnione następujące przesłanki. Po pierwsze Zamawiający musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynnością związaną z przygotowaniem postępowania jest opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie jego wartości czy też sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym nie budziło wątpliwości, że PFU, na które powoływał się Odwołujący, stanowił dokument opisujący to zamówienie, obejmujący swym zakresem opis wymaganego przez Zamawiającego zadania.

W ocenie Izby nie można było zgodzić się z Przystępującym, który bagatelizował rolę Pani E.S. w przygotowaniu omawianej dokumentacji. Nadmienić należy, że w świetle art. 24

ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia, czy udział w przygotowaniu postępowania przybierać będzie charakter czynności bezpośrednich, czy pośrednich. Istotne znaczenie ma w ogóle sam udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, co w niniejszej sprawie miało miejsce.

Po drugie – co należy również podkreślić – Ustawodawca w sposób szeroki określił udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, uznając że wykluczeniu podlega wykonawca, który samodzielnie brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, ale również wykonawca którego pracownik bądź inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności na rzecz Zamawiającego – co również miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, gdyż Panią E.S. łączyła z Przystępującym właśnie umowa cywilnoprawna. Zatem – biorąc pod uwagę treść niniejszego przepisu – stwierdzić należy, że dla wypełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia rodzaj łączącego wykonawcę stosunku umownego (w tym przypadku Przystępującego) z osoba wykonującą takie czynności (z Panią E.S.), co zostało w sposób bezpośredni wyartykułowane przez Ustawodawcę w niniejszym przepisie i stwierdzone w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Ponadto – co jest istotne z punktu widzenia wykonawcy – skutkiem wypełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest wykluczenie z postępowania, z zastrzeżeniem jednak, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania musi zakłócać konkurencję. Wobec tego wykluczenie za udział w przygotowaniu postępowania nie może mieć miejsca, gdy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób. W ocenie Izby dokonując dalszej analizy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, można zatem dojść do wniosków, że udział wykonawcy lub osób pracujących na rzecz wykonawcy – i jednocześnie biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego – stwarza postać domniemania, które może być – wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – obalone w wyniku wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w toku postępowania. Powyższe oznacza, że wykonawca nie może pozbawiony być możliwości złożenia takich wyjaśnień w toku postępowania. Niemniej jednak kierowane przez Zamawiającego wezwanie będzie miało przełożenie na rozkład ciężaru dowodu, a wykonawca – aby nie zostać wykluczonym z postępowania – będzie musiał wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności niepowodujących zakłócenia konkurencji. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w N. o złożenie wyjaśnień. Wykonawca nie otrzymał szansy wytłumaczenia, czy zaistniała sytuacja może zakłócić konkurencję. W ocenie Izby – biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych. Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania powinien zapewnić mu możliwość wykazania, że jego udział nie zakłóci konkurencji, co oznacza że Zamawiający – w przypadku wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, co zostało wykazane przez Odwołującego w niniejszej sprawie – zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem przedstawienia dowodów, że wskazana przez niego osoba (przygotowująca postępowanie o udzielenie zamówienia) nie spowoduje w przedstawionych okolicznościach zakłócenia konkurencji, zatem wykonawca powinien otrzymać szansę przedstawienia swojego stanowiska w sprawie.

Art. 24 ust. 1 pkt 20

38. Sygn. akt: KIO 1761/17, KIO 1765/17, Wyrok KIO z dnia 15 września 2017 r.

Należy mieć na uwadze, że przepis art. 23 ustawy Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest umową cywilnoprawną,

zawieraną na zasadzie swobody umów. Celem umowy konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców, niespełniających warunków udziału w postępowaniu, swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji. Nie można zatem *a priori* zakładać, że każde zawarcie umowy konsorcjum jest czynem nieuczciwej konkurencji. Ocena, czy przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik [ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.) – przyp. red.] czy art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp, musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach sprawy (*ad casum*).

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. Sygn. akt VI ACA 651/15, sąd stwierdził istnienie „zmony przetargowej”, bowiem doszedł do przekonania, że celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, a nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Każda ze spółek biorących udział w porozumieniu spełniała wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożenie odrębnych ofert nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych żadnej z nich. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd wskazał, że „zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na związane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi – ze szkodą dla zamawiającego”. Z przywołanego wyżej wyroku sądu wynika, że oceniając czy zawarcie umowy konsorcjum nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, należy przeanalizować przede wszystkim realną (rzeczywistą) szansę uczestników konsorcjum na uzyskanie danego zamówienia. Zauważyć także należy, że potencjał danego przedsiębiorstwa niekoniecznie musi odpowiadać jego faktycznym możliwościom w danym momencie czasu. Przy ocenie tzw. „realnej szansy” na wygranie przetargu należy mieć na uwadze takie okoliczności, jak np. zaangażowanie potencjału kadrowego, finansowego czy sprzętu w inne zamówienia i przedsięwzięcia, które w danym okresie czasu obniżają zdolność danego wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia.

W analizowanej sprawie, Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, że przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, nie sprostał temu obowiązkowi. Na poparcie twierdzenia o istnieniu zmony przetargowej Odwołujący odwołał się jedynie do informacji dotyczących potencjału X, pochodzącego ze strony internetowej tego podmiotu. Złożył także jako dowody na istnienie zmony przetargowej między członkami konsorcjum: wykaz dowodów rejestracyjnych pojazdów firmy X oraz Y Artur Z., a także dokumenty dotyczące rocznego obrotu obu tych podmiotów. Dowody te, dotyczące tylko dwóch spośród siedmiu członków konsorcjum, nie odnoszą się do aktualnych danych dotyczących zasobów, którymi te podmioty faktycznie dysponują. Odwołujący nie przeprowadził dowodu dotyczącego aktualnego zaangażowania zasobów technicznych czy finansowych poszczególnych członków konsorcjum, a przecież potencjał danego przedsiębiorstwa, którym podmiot ten „chwali się” na swojej stronie internetowej, niekoniecznie musi odpowiadać jego faktycznym możliwościom w danym momencie czasu. Członkowie konsorcjum, jako podmioty aktywne na rynku tego typu usług przecież stale ubiegają się o inne zamówienia publiczne i świadczą usługi odbioru i transportu odpadów, co niewątpliwie ma wpływ na zmniejszenie ich bieżących potencjałów technicznych czy kadrowych.

Odwołujący nie przeprowadził zatem żadnej analizy, z której wynikałoby, że wymagania określone przez Zamawiającego nie przekraczają indywidualnych i realnych możliwości organizacyjnych, technicznych czy finansowych każdego z członków konsorcjum. Przeciwnie, całokształt okoliczności sprawy w tym: duży obszar świadczonych usług, wysokie wymagania Zamawiającego co do zdolności technicznej, potencjału kadrowego i finansowego oraz wyso-

kie wymagania co do jakości świadczonych skłaniają raczej do twierdzenia, że poszczególni członkowie konsorcjum nie mieli realnych szans na samodzielny udział i realizację całości zamówienia. Należy wziąć także pod uwagę, że większość członków konsorcjum to małe i średnie przedsiębiorstwa, w tym osoby fizyczne, prowadzące samodzielnie działalność gospodarczą, np. Y Artur Z., Z Marek F. Zawarcie umowy konsorcjum przez tego rodzaju podmioty z całą pewnością prowadzi do optymalizacji kosztów, zwiększenia pozycji negocjacyjnej u kontrahentów i minimalizacji ryzyka związanego z realizacją takiego dużego przedsięwzięcia. Stanowisko to potwierdza także złożona do akt sprawy przez Przystępującego konsorcjum X opinia prywatna firmy doradczej A sp. j., w której w konkluzji, po dokonaniu analizy potencjałów konsorcjantów, stwierdzono, że analizowane konsorcjum jest przedsięwzięciem uzasadnionym ekonomicznie, które pozwoliło przedsiębiorcom na złożenie konkurencyjnej i efektywnej oferty na świadczenie usług odbioru odpadów na terenie całego GOAP. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum X, którym Odwołujący nie zaprzeczył, niemal wszyscy członkowie konsorcjum współpracują ze sobą w warunkach rynkowych od kilku lat, ubiegali się także w podobnym składzie o udzielenie zamówienia publicznego w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego, w podobnym składzie realizują usługi. Oznacza to, że ich współpracę charakteryzuje trwałość i nie jest to współpraca, która miałaby na celu ograniczenie konkurencji na rynku a raczej wspólną realizację danego przedsięwzięcia gospodarczego.

Z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum X wynika także, iż współpraca w ramach konsorcjum z podobnym składzie była przedmiotem badania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez tego Zamawiającego w roku 2014. Z pisma UOKIK z dnia 7 września 2017 r., złożonego jako dowód w sprawie przez Przystępującego konsorcjum X, wynika, że „postępowanie wyjaśniające zostało zamknięte postanowieniem z dnia 31 grudnia 2014 roku bez podejmowania dalszych działań w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Podsumowując, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek poszlak, które pozwalałyby w sposób logiczny uzasadnić twierdzenie, że w wyniku złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum X pomiędzy członkami tego konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

39. Sygn. akt: KIO 2025/17, Wyrok KIO z dnia 11 października 2017 r.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, wykluczającego Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Wprowadzony przepis – nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – miał w swym celu wykluczać sytuacje, w których takie praktyki będą miały miejsce.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję poprzez stosowne dowody złożone w tej sprawie. Złożone dowody oraz przywołane okoliczności wskazują na to, że wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz Y Sp. z o.o. z siedzibą w S. są ze sobą powiązani i zawarli porozumienie mające na celu uzyskanie wyższej ceny za realizację zamówienia publicznego. Porozumienie to polegać miało na tym, że wykonawcy oferowali ceny z odpowiednim „rozstawieniem” cenowym, a następnie wykonawca z tańszą ofertą wycofywał się z podpisania umowy bądź na etapie postępowania nie uzupełniał bra-

kujących dokumentów. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wszystkie okoliczności oraz dowody wskazują, że w tym postępowaniu zostało zawarte porozumienie pomiędzy wykonawcami Y Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz X Sp. z o.o. z siedzibą w S.. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że pomiędzy spółkami: Odwołującego i Przystępującego Y istnieją powiązania rodzinne. Prezesem Zarządu firmy Y Sp. z o.o. z siedzibą w S. jest Pani Joanna K., zaś Prezesem Zarządu firmy X Sp. z o.o. z siedzibą w S. jest Pan Robert K. Jak wynika ze złożonych dowodów obie firmy mają swoje siedziby w S., zaś oddziały tych spółek mieszczą się pod tym samym adresem w R. Nie ulega również wątpliwości, że obie spółki zawarły w tym samym dniu umowy spółek przed tym samym notariuszem. Bezspornym jest również to, że gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium obydwu wykonawców są wystawione przez tego samego gwaranta w tym samym dniu, z gwarancją pod kolejnymi numerami. Ponadto co jest istotne w tej sprawie wykonawca Y Sp. z o.o. z siedzibą w S. dwukrotnie wzywany do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz braku podstaw do wykluczenia nie uzupełnił brakujących dokumentów. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że brak reakcji wykonawcy – na dwukrotne wezwanie Zamawiającego – którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wskazuje na świadome działanie doprowadzenia do wykluczenia go z postępowania i wyboru przez Zamawiającego oferty droższej – powiązanej z tym wykonawcą. Ponadto na uwagę zasługuje również fakt, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu na niniejsze zamówienie oferty zostały złożone przez wykonawcę X Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz Z Sp. z o.o. jednak obie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w związku z wadliwie wniesionym wadium. Oba wadia zawierały identyczne błędy. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że wykonawca Z Sp. z o.o. – który poprzednio – startował w tym postępowaniu jako wykonawca, w obecnym postępowaniu występuje jako podwykonawca firmy Y Sp. z o.o. Nie ulega również wątpliwości, że oddział wykonawcy Z Sp. z o.o. również mieści się w R. pod tym samym adresem co oddział spółek Y Sp. z o.o. oraz X Sp. z o.o. Zamawiający zwrócił również uwagę na podobieństwo ofert – wykonawcy Y Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w S. – pod względem graficznym. Obie oferty były uzupełniane ręcznie, zawierały te same błędy, również te same błędy ortograficzne. Ponadto wykonawca Y Sp. z o.o. nie wstępował do Zamawiającego o przedłużenie terminu na uzupełnienie brakujących dokumentów. Izba nie uznała argumentacji Przystępującego Y jakoby nieuzupełnienie brakujących dokumentów wynikać miało z okresu urlopowego – gdyż wykonawca startujący niejednokrotnie w postępowaniu ma świadomość konieczności ustanowienia pełnomocnika działającego w jego imieniu. Zamawiający zwrócił uwagę na pojawiający się mechanizm zakładania spółek, z których jedna występuje jako wykonawca (bądź podwykonawca), a następnie udostępnia swoje doświadczenie innej spółce. Zamawiający zauważył również, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu wykonawca Y Sp. z o.o. złożył ofertę na kwotę znacząco wyższą niż w obecnie prowadzonym postępowaniu na to samo zadanie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że z jednej strony Przystępujący Y twierdzi, że spółki te ze sobą konkurują, jednak gdy obie spółki pojawiają się w konkretnym postępowaniu, to składają oferty z cenami z różnicą kaskadową, pomiędzy cenami nie występują drobne różnice, zaferowane ceny są zawsze zaokrąglone do pełnych złotych. Izba zgodziła się z Przystępującym A, że wykazanie porozumienia – stosownymi dowodami – jak to wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Nie ulega wątpliwości, że również dowody pośrednie – w postaci odpisów KRS, umów, wezwań o uzupełnienie – mogą wskazywać na zawarcie takiego porozumienia – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Nie ulega wątpliwości, że takie działanie obu wykonawców – Y Sp. z o.o. oraz X Sp. z o.o. – zakłóca konkurencję w postępowaniu oraz naraża Zamawiającego na szkodę. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierp-

nia 2006 r., z którego wynika, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może na podstawie domniemań faktycznych dojść do wniosku, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję (OSNAPIUS 2008 nr 1–2, poz. 25, str. 72). Analogicznie orzecznictwo KIO niejednokrotnie wskazywało, że porozumienie zawarte pomiędzy wykonawcami – zakłócające konkurencję – odnosi się również do nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.

40. Sygn. akt: KIO 2213/17, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, zgodnie z regulacją którego, Zamawiający obowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepis ten wskazuje również, że Zamawiający ten stan rzeczy musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Tym samym podstawa wykluczenia wykonawcy, w przypadku tzw. zmowy przetargowej, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem musi być ściśle traktowana, tak samo jak inne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca we wskazanym wyżej przepisie uzależnił, uściślił dodatkowo stosowanie tej podstawy wykluczenia wykonawcy możliwością wykazania za pomocą środków dowodowych przez Zamawiającego. Tak więc, przesłanka ta będzie miała zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca zawrze z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumienie.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „porozumienie”, jednakże w ocenie Izby w tym zakresie należą odwołać się w tym miejscu do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 roku poz. 229 ze zm.; dalej ustawa o.k.k.), gdzie w art. 4 pkt 5 ustawodawca wskazał wyczerpujący katalog form, w jakich może zostać zawarte takie porozumienie, a są nimi umowa zawierana pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że niezależnie od tego jaką formę przybierze porozumienie, w przypadku gdy jego celem będzie zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy). Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że zakres przepisu regulowanego ustawą w art. 24 ust. 1 pkt 20 odnosi się do „celu” zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami, którym jest zakłócenie konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o.k.k. zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Niezależnie od zróżnicowania zakresu określonych ww. przepisami obszarów oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania wykonawców (delikt gospodarczy), a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie – np. zawierając w tej mierze stosowną umowę – czy też w inny sposób będą takie porozumienie

afiszować, a przeciwnie, tego rodzaju porozumienie będzie zwykle starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. Zaznaczyć również należy, że dla wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia nie ma znaczenia w jakiej formie zostało zawarte porozumienie, ale jednocześnie niezbędnym jest, aby to sankcjonowane wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu rzeczywiście, faktycznie było wynikiem takiego porozumienia, a nie było efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie – te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami. Podkreślenia jednocześnie wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga dodatkowo, aby Zamawiający w przypadku, gdy będzie stosował ową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, był w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych przyczyny, które legły u podstaw wykluczenia wykonawcy.

Art. 24 ust. 1 pkt 23

41. Sygn. akt: KIO 1785/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r.

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. X Polska sp. z o.o. oraz X Austria GmbH należą do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący w dniu 28 sierpnia 2017 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że zarówno X Polska sp. z o.o., jak i X Austria GmbH, składając odrębne oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, mieli na myśli grupy kapitałową X, a nie wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w tym postępowaniu. Złożono takie oświadczenia, albowiem brzmienie zaproponowane na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu (załącznik nr 4 do IDW) zdawało się sugerować, że mowa jest w nim ogólnie o przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Przepis ten z kolei wprost odnosi się do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2017, poz. 229 z późn. zm.). Przystępujący składając swe oświadczenia wraz z ofertą, mieli na uwadze zatem pojęcie grupy kapitałowej, zawarte w art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania

o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględnić jednak należy, że nowelizacja ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. uchyliła przepis art. 26 ust. 2d Pzp, który kreował obowiązek składania przez wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Nadto nie ulega wątpliwości, że obecnie obowiązujący przepis art. 24 ust. 11 Pzp, stanowiący o obowiązku wykonawcy do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, należy stosować w połączeniu z normą wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, który reguluje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli należy do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący zarówno w dniu składania oferty, jak i obecnie nie przynależy do żadnej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca X przedłożył odrębne oświadczenie zarówno X Polska sp. z o.o., jak i X Austria GmbH, potwierdzające brak takiej przynależności.

Wobec tego stwierdzić należy, że Zamawiający trafnie przyjął, że brak było jakichkolwiek podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Należy również wskazać, że bezspornym pozostaje fakt, iż Przystępujący nie należy do tej samej grupy kapitałowej, co którykolwiek z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zatem Przystępujący nie musiał więc składać żadnych dowodów potwierdzających, że powiązania z innymi podmiotami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, gdyż w postępowaniu nie brały udziału inne podmioty z tej samej grupy kapitałowej.

42. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.

(...) Izba wskazuje, że samo niedochowanie terminu, określonego w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, na złożenie oświadczenia o nieprzynależeniu do tej samej grupy kapitałowej, nie powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W przypadku braku złożenia samodzielnie przez wykonawcę ww. oświadczenia zamawiający winien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia takiego dokumentu, wyznaczając odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności. Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego takiego dokumentu winien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 5 pkt 2

43. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.

Wprawdzie w dniu 22 listopada 2017 r. została doręczona Przystępującemu decyzja Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, jednakże Przystępujący nie zgadza się z jej treścią, a zgodnie z pouczeniem ma 30 dni od doręczenia na jej zaskarżenie. A zatem termin na zaskarżenie tej decyzji nie upłynął jeszcze w dniu wydania wyroku przez Izbę. Przystępujący oświadczył, iż „zaskarży tę decyzję, a skarga jest już przygotowana”. Ponadto wskazał, iż „w dalszym ciągu posiada wpis w zakresie działalności regulowanej, a zgodnie z treścią skarżonej decyzji powinien być zostać wykreślony z tego rejestru za naruszenie przepisów prawa. Nie zgadza się z twierdzeniami, iż doszło na terenie bazy X do gromadzenia odpadów, gdyż jego zdaniem nie były to odpady w rozumieniu przepisów ustawy. Oświadcza, iż nie ma

obowiązku posiadania decyzji na gromadzenie odpadów, które sam wytworzył, a tak było w tym przypadku”.

W związku z powyższym, skoro ewentualne naruszenie przez Przystępującego przepisów dot. ochrony środowiska jest sporne, nie zostało jeszcze prawomocnie stwierdzone, a postępowanie do tego zmierzające jest w toku, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż takie ewentualne naruszenie stanowi zawinione poważnie naruszenie obowiązków zawodowych podważające uczciwość wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 5 pkt 4

44. Sygn. akt: KIO 1166/17, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r.

Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp [art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – *przyp. red.*], należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące.

45. Sygn. akt: KIO 2095/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.

Przytoczone wyżej twierdzenie Zamawiającego, przy braku nowych ustaleń i dowodów, stoi w oczywistej sprzeczności z wcześniejszym stanowiskiem Izby, a argumentacja jaką Zamawiający przywołuje na poparcie swoich tez jest wyrazem jego własnej interpretacji stanu faktycznego, odmiennej od interpretacji przedstawionej przez Izbę, która jednoznacznie stwierdziła, że fakt prowadzenia sporu sądowego w sprawie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy nie pozwala przyjąć, że rozwiązanie umowy nastąpiło z winy Odwołującego. Niezrozumiałe i stojące w sprzeczności ze stanowiskiem Izby jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby wytoczenie powództwa o zapłatę było niewystarczające, a konieczne było wytoczenie powództwa o ustalenie istnienia stosunku prawnego. W tym zakresie Izba podziela stanowisko przedstawione w odwołaniu, że fakt ustania stosunku prawnego nie jest negowany (co jednak nie oznacza przyznania, że do rozwiązania umowy nastąpiło z winy wykonawcy), a do wystąpienia z powództwem o ustalenie konieczne jest wykazanie interesu prawnego, którego nie ma osoba mogąca inną drogą osiągnąć w pełni ochronę swych praw. Nie sposób również podzielić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zgłaszania nieprawidłowości przy odbiorze prac wykonanych na rzecz Miasta R. Fakt zgłaszania tych zastrzeżeń został przez Odwołującego wykazany, Odwołujący złożył kopię uwag zgłoszonych do protokołu odbioru prac, wykazał również, że posiada status pokrzywdzonego w postępowaniu prowadzonym przez prokuraturę rejonową w T. w sprawie przekroczenia uprawnień przez pracowników Urzędu Miasta R.

Ustalenie, że brak jest dowodu na to, że do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy, powoduje samo w sobie bezzasadność czynności wykluczenia, warunkiem koniecznym do dokonania tej czynności – zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – jest bowiem ustalenie, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania. Dopiero przy zaistnieniu takiej sytuacji konieczna staje się ocena, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było istotne. W niniejszej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia przedstawił wywód mający potwierdzać, że Odwołujący nienależycie wykonał umowę z Miastem R. w stopniu istotnym, jednak istotne jest to, że Zamawiający nie posiadał (i po wyroku z 4 lipca 2017 r. nie pozyskał) dowodu na to, że rozwiązanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Następnie stwierdzić należy, że ustalenie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że przepisy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp określające zasady tzw. *self-cleaning*, odnoszą się do wykonawcy, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Zatem w sytuacji, gdy określona w tym przepisie przesłanka wykluczenia nie zachodzi, zbędne jest ocenianie procedury samooczyszczenia wykonawcy.

46. Sygn. akt: KIO 2106/17, Wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r.

W ocenie Izby działania Zamawiającego były w pełni uzasadnione i znajdowały oparcie w przepisach prawa. Przedłożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów regulaminy wewnętrzzakładowe miały charakter ogólnikowy. Odwołujący ponadto nie przedstawił żadnego dowodu ich wdrożenia. Izba nie kwestionuje treści tych regulaminów, ale zwraca uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (m.in. KIO 1851/17), że art. 24 ust. 9 Pzp stanowi wyjątek od nakazu wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z własnej winy nienależycie zrealizował zamówienie na rzecz podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 Pzp. Wniosek sąd, że Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za decyzję o uznaniu samooczyszczenia za prawidłowe i w konsekwencji udzielenie zamówienia podmiotowi, który uprzednio zawiął nieprawidłowej realizacji umowy o zamówienie publiczne. Zatem to w interesie Odwołującego było dostarczenie Zamawiającemu wszelkich dowodów i argumentów umożliwiających zastosowanie wyjątku od obowiązku wynikającego z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i odstąpienie od wykluczenia jego z postępowania. (...)

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający ocenia spełnianie warunków udziału oraz niepodleganie wykonawców wykluczeniu z postępowania w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Należyta realizacja jednego zamówienia nie musi zatem mieć znaczenia dla Zamawiającego przy kolejnym, szczególnie, że zakres i wartość Umowy (...) były o wiele mniejsze niż przedmiot zamówienia w przedmiotowej sprawie. Uznając tok rozumowania Odwołującego za słuszny, należałoby przyjąć, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę powinno obligować Zamawiającego do automatycznego uznawania spełniania tych warunków w kolejnych postępowaniach. Prawidłowa analiza odpowiednich przepisów ustawy Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że takie twierdzenie jest nieuprawnione. W granicach wynikających z wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Zamawiający uprawniony jest do samodzielnej oceny skuteczności samooczyszczenia wykonawcy w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje Zamawiającemu automatycznego uznawania wiarygodności wykonawcy, w przypadku jej uznania we wcześniej udzielonych zamówieniach.

47. Sygn. akt: KIO 2522/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby podstawa uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, wskazująca jedynie na fakt odstąpienia od umowy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie odnosiła się – wbrew temu co twierdził Zamawiający – do przyczyn uzasadniających wykluczenie Odwołującego. W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca miał świadomość z rozwiązaniem jakiej umowy związane jest wykluczenie oraz czym kierował się Zamawiający, składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy, są niewystarczające przy obecnym brzmieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – regulującym fakultatywną przesłankę wykluczenia tzw. nierzetelnego wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym ostatnią nowelizacją wprowadzoną z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w pierwszej kolejności winno zostać wykazane przez Zamawiającego – w ramach podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) i odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształującym, nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację, aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy.

Art. 24 ust. 5 pkt 7**48. Sygn. akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.**

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia można wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. (...)

W ocenie Izby dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy sięgnąć do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE [dalej „dyrektywa”], skoro ustawodawca krajowy zdecydował się na implementację do polskiego porządku prawnego treści art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy. Zgodnie z ww. przepisem instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji, tj. gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2. Z kolei stosownie do treści art. 18 ust. 2 dyrektywy, państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mają-

cych zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.

Nie sposób pominąć treści motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Motyw 37 dyrektywy 2014/24/UE brzmi, z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekrétów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Z kolei zgodnie z motywem 40 dyrektywy, monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środkowi dowodowe i oświadczenia własne.

W świetle powyższego zauważyć należy, że ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska, nie odnosząc się zatem do konkretnego aktu prawnego, w tym obowiązującej w Polsce ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126). Ograniczenia w tym zakresie zresztą być nie mogło, skoro adresatem dyrektywy są wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, które w krajowych porządkach prawnych mogą posiadać lub nie, różnie brzmiące akty prawne w ww. zakresie. Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp pojęcia „prawo ochrony środowiska” wyłącznie do aktu prawnego – ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp czy też w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Konkludując powyższe rozważania, stwierdzić trzeba, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska”, a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126), lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego. (...)

W pierwszej kolejności, mając na uwadze dokonaną powyżej wykładnię art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Konsorcjum X oraz Konsorcjum Y opowiadającym się za wąskim rozumieniem pojęcia „prawo ochrony środowiska” wyrażonym w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż zgodnie z art. 1 ustawy o odpadach, ustawa określa środki służące ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi zapobiegające i zmniejszające negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi oraz ograniczające ogólne skutki użytkowania zasobów i poprawiające efektywność takiego użytkowania. Z kolei, jak wynika z art. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawa reguluje warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, a w zakresie nieuregulowanym w ustawie odsyła do ustawy o odpadach w sprawach dotyczących postępowania z odpadami komunalnymi. W świetle powyższego nie sposób wywieść, że ww. akty prawne nie dotyczą dziedziny prawa ochrony środowiska. W konsekwencji zatem nie można podzielić argumentacji ww. wykonawców, jakoby kary pieniężne nałożone decyzjami administracyjnymi (...) Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nr (...), (...), (...) oraz (...) za naruszenie obowiązków wynikających odpowiednio w zakresie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości porządku w gminach (2 pierwsze kary) oraz ustawy o odpadach (2 kolejne kary) były prawnie irrelevantne w kontekście powyższej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania i podejmowanej przez wykonawcę procedury „samooczyszczenia”. Następnie negatywnie, w kontekście wykazania środków naprawczych mających potwierdzać rzetelność wykonawców Konsorcjum X oraz Konsorcjum Y stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, należy ocenić polemikę ww. wykonawców z decyzjami właściwych organów uprawnionymi do kontroli przestrzegania przepisów ustawy o odpadach, jak również przepisów ustawy o utrzymaniu i czystości w gminach, która niezaprzeczalnie nie stanowi dowodu na podjęcie przez wykonawców jakichkolwiek środków naprawczych. Kolejno zdaniem składu orzekającego ww. wykonawcy próbowali, w sposób nieprzekonujący, marginalizować zarówno wagę, skalę, czas trwania, jak i charakter popełnianych naruszeń. Podkreślić należy, iż wymierzone wykonawcom kary pieniężne dotyczyły naruszenia fundamentalnych zasad w zakresie odbierania i gospodarowania odpadami jak chociażby naruszenia zasady bliskości, czy też zbierania odpadów bez stosownego zezwolenia.

Art. 24 ust. 8

49. Sygn. akt: KIO 1522/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.

(...) Odwołujący w treści oświadczenia załączonego do oferty, poza informacją o naprawieniu wyrządzonej Zamawiającemu szkody (zapłaceniu kary umownej), co Izba uznała za niewystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego, wskazał wyłącznie na podjęcie jednego środka mającego dowodzić jego rzetelności, a to powołanie zespołu pracowników weryfikującego na poszczególnych etapach przygotowywania oferty rzetelność opisu przedmiotu zamówienia. Pozostałe, wymienione dopiero w odwołaniu działania (wymiarzenie kary pracowniczek, zakończenie współpracy z kontrahentem), nie mogły zostać wzięte przez skład orzekający pod uwagę. Warto przypomnieć, że w świetle przepisu art. 24 ust. 9 Pzp, ocena skuteczności czynności samooczyszczenia należy do zamawiającego, w konsekwencji czego uznać należy, że musi być dokonywana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Rolą Izby jest, jak wspomniano, kontrola prawidłowości dokonanej oceny, wobec czego nie może się ona opierać na okolicznościach nieznanych zamawiającemu w momencie podejmowania weryfikowanej w postępowaniu odwoławczym decyzji.

Po drugie skład orzekający podziela zapatrywania Zamawiającego o braku adekwatności zastosowanego przez Odwołującego środka do charakteru popełnionego deliktu. Trzeba mieć na względzie, że przepis art. 24 ust. 8 Pzp stanowi o środkach odpowiednich dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. O ile można zgodzić się z twierdzeniem, że powołanie zespołu mającego weryfikować prawidłowość sporządzanych opisów przedmiotów zamówień może wpłynąć pozytywnie na proces szacowania cen ofert, zapobiegając, przykładowo, składaniu ofert z cenami rażąco niskimi, o tyle środek taki, w ocenie Izby, nie przekłada się na terminowość realizacji zamówień.

50. Sygn. akt: KIO 1851/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r.

Według zapatrywania Izby zarówno samo oświadczenie o samooczyszczeniu, jak i wykazanie przez Odwołującego uiszczenia kary umownej nie jest wystarczające do zastosowania

przepisu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w ramach procedury samooczyszczenia Zamawiający ma prawny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp stanowiącego, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Zdaniem Izby powyższy przepis ma charakter fakultatywny, a w stosunku do przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie ma on w ogóle zastosowania z tego powodu, że przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ma charakter przepisu szczególnego obejmującego swoją dyspozycją wolę wykonawcy do samooczyszczenia.

Przy czym wola ta musi przejawiać się w aktywności wykonawcy w postaci konieczności przedstawienia Zamawiającemu dowodów dostatecznie potwierdzających samooczyszczenie.

Należy również podkreślić, że oceny samooczyszczenia Zamawiający dokonuje na podstawie dostarczonych przez wykonawcę dowodów.

Według Izby – Odwołujący ma uprawnienie do samooczyszczenia jedynie przed Zamawiającym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez składanie dowodów na poparcie okoliczności poprawienia własnego postępowania, jako uczestnik obrotu zamówień publicznych, jeżeli tego nie uczyni, będzie wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Na tle niniejszego stanu faktycznego Izba dostrzegła, że Odwołujący przede wszystkim nie złożył przed Zamawiającym między innymi takich dowodów jak: aktów wewnątrzorganizacyjnych świadczących o zmianie zasad realizacji umów i dokumentów świadczących o ich wdrożeniu, dokumentacji kadrowej potwierdzającej udzielenie pracownikowi winnemu niewykonania podstawowych obowiązków pracowniczych kary nagany, dokumentów potwierdzających zerwanie współpracy z firmami projektowymi, wystąpienia do rejestru działalności gospodarczej o zmianę jej profilu poprzez usunięcie usług projektowych.

Poza tym samo oświadczenie Odwołującego o podjęciu środków naprawczych, pomimo przyznania zasadności podstaw do jego wykluczenia, zawierało pewne wyjaśnienia wskazujące pośrednio na współwinę Zamawiającego.

51. Sygn. akt: KIO 2397/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Na marginesie zauważenia również wymaga, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego objęty jest procedurą samooczyszczenia, co wynika z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Niemniej jednak Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca X Sp. z o.o. z siedzibą w N. zobowiązany był – przed wezwaniem o wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – do dokonania czynności samooczyszczenia. W ocenie Izby procedura wyjaśniająca – dająca wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóca konkurencji – została odrębnie uregulowana w przepisie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, co oznacza, że stanowi samodzielną podstawę dokonania czynności wezwania i nie jest ona w żaden sposób uzależniona i ograniczona procedurą samooczyszczenia (odrębnie uregulowaną w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp). Zatem Zamawiający niezależnie czy procedura samooczyszczenia miała miejsce, zobowiązany jest do kierowania wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, dając wykonawcy możliwość –

przed wykluczeniem z postępowania – złożenia stosownych wyjaśnień, że udział takiego wykonawcy nie zakłóci konkurencji w danym postępowaniu.

52. Sygn. akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby bez znaczenia dla oceny skutecznego skorzystania z instytucji *self-cleaningu* pozostawała podnoszona przez wykonawców okoliczność, że nakładane decyzjami administracyjnymi właściwych organów kary pieniężne stanowiły sankcję z tytułu uchybień mających charakter techniczny, tudzież organizacyjny związany z procesem odbioru odpadów, jak również, iż nie stanowiły szkód wyrządzanych środowisku. W ocenie Izby uważna analiza treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonym ww. przepisem podlega wykonawca, który naruszył obowiązki wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska. Tym samym zdaniem Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, jaki był charakter tych obowiązków, skoro ustawodawca przewidział sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy za naruszenie jakichkolwiek obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, wprowadzając jedyne ograniczenie w postaci wysokości kary pieniężnej wynikającej z ostatecznej decyzji administracyjnej. Zauważyć również należy, iż ww. wykonawcy w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach stanu faktycznego w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wielokrotnie zapewniali, że podjęte przez nich rozwiązania organizacyjne, techniczne i kadrowe musiały być skuteczne, skoro w toku kolejnych kontroli właściwe organy nie stwierdzały tożsamych naruszeń przepisów ustawy o odpadach czy też ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Podkreślić jednak trzeba, iż ww. wykonawcy poprzestali wyłącznie na zapewnieniach, nie podejmując nawet próby wskazania Zamawiającemu tychże środków, do których przykładowo można byłoby zaliczyć: prowadzenie audytu środowiskowego u wykonawcy, sporządzenie wewnętrznych procedur, które potwierdzałyby ważność, aktualność decyzji uprawniających przedsiębiorcę do zbierania odpadów, składanie oświadczeń przez kierowców w zakresie miejsca pochodzenia odpadów czy też poprzez uzyskanie stosownych certyfikatów, nie mówiąc już o przedstawieniu dowodów na ww. okoliczność.

Art. 24aa

53. Sygn. akt: KIO 1682/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.

W niniejszej sprawie błąd popełnił Zamawiający, kierując do wykonawcy w niewielkich odstępach czasu (w tym samym dniu) wezwania do uzupełnienia oświadczenia wstępnego oraz złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów. Właściwym bowiem było najpierw zakończenie oceny oferty X, tak aby można było stwierdzić, iż została najwyżej oceniona i dopiero po tym etapie wezwanie Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów, którymi w interesującym zakresie były: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. W niniejszej sprawie, ocena oferty X trwała w dłuższej perspektywie czasu, czego wyrazem były wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej z dnia 05.06.2017 r. oraz 12.07.2017 r. W tym stanie sprawy Izba uznała, iż wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 23.02.2017 r., którego podstawę stanowił przepis art. 26 ust. 1 Ustawy, było przedwczesne, jednak konsekwencji tej czynności nie należy przenosić na wynik oceny dokumentów i ostatecznie na ocenę, czy Wykonawca X wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Niewątpliwie, to oferta tego Wykonawcy ostatecznie została najwyżej oceniona (co nie zostało zakwestionowane), a zatem wezwanie do złożenia dokumentów musiało zostać do tego Wykonawcy skierowane. Uchybienie to nie miało zatem wpływu na ustalenie, że czynność wezwania do złożenia dokumentów była zasadna.

54. Sygn. akt: KIO 2271/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.

(...) skład orzekający wskazuje zatem, że zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum Z z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (co Odwołujący błędnie określa w odwołaniu mianem niezgodności oferty Konsorcjum Z z SIWZ) nie mogły się potwierdzić ze względu na przyjęty przez Zamawiającego sposób procedowania. Skoro bowiem Zamawiający zastosował przewidzianą przepisem art. 24aa Pzp tzw. procedurę odwróconą, to dokonywał oceny sytuacji podmiotowej jedynie tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (tu – Konsorcjum T). Ergo ocena kwestii spełniania przez pozostałych wykonawców warunków udziału w Postępowaniu nie była dołąd przedmiotem zainteresowania Zamawiającego, wobec czego nie sposób na tym etapie postępowania nakazywać mu dokonania czynności, której zgodnie z przepisami Pzp nie miał obowiązku podejmować.

55. Sygn. akt: KIO 2410/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.

Konsekwencje sposobu rozumienia powyższych postanowień SIWZ miały szczególnie doniosłe znaczenie. Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, której istota sprowadza się w pierwszej kolejności do zbadania, czy w stosunku do oferty danego wykonawcy nie zachodzą podstawy do jej odrzucenia, a następnie do dokonania oceny oferty w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Dopiero w stosunku do najwyżej ocenionej oferty, ale przed jej wyborem, Zamawiający dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada wstępne oświadczenie, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie należy mieć jednak na uwadze, iż opis sposobu oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy Robót Sanitarnych (D)” był ściśle związany z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału kadrowego. Tym samym, zdaniem Izby, obowiązkiem Zamawiającego, w celu prawidłowej oceny oferty Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, było jednoznaczne ustalenie doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych. Inaczej rzecz ujmując, w przedmiotowej sprawie, aby Zamawiający w sposób prawidłowy mógł zbadać ofertę Odwołującego w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert, to winien był zbadać również JEDZ Odwołującego w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy robót sanitarnych.

Podkreślić należy, iż zastosowanie trybu odwróconego nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku ustalenia pre-rankingu ofert w sposób należyty, zwłaszcza w sytuacji gdy kryteria oceny ofert są nierozzerwalnie związane z warunkiem udziału w postępowaniu. Ponadto zauważyć należy, iż skorzystanie przez Zamawiającego z procedury odwróconej jest uprawnieniem Zamawiającego, które nie może być wytłumaczeniem dla odstąpienia od badania określonego zakresu JEDZ (nie całości) wszystkich wykonawców w ww. okolicznościach, mimo obowiązującej w trybie odwróconym zasady, iż weryfikacji wstępnego oświadczenia wykonawcy poddawany jest tylko ten wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

56. Sygn. akt: KIO 2427/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.

(...) odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający przed odrzuceniem jego oferty nie zapoznał się z wykazem osób przeznaczonych do realizacji zamówienia wskazać należy, że Zamawiający w Rozdziale III SIWZ (str. 3) wskazał, iż zastosuje procedurę uregulowaną w treści art. 24aa ustawy, tj. procedurę odwróconą. Zastosowanie tej procedury charaktery-

zuje się odwróceniem czynności Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. „W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, Zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej, tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej” (wyrok SO w Szczecinie z dnia 22.12.2016 r. II Ca 1461/16 niepubl.). Procedura odwrócona polega więc na tym, iż Zamawiający najpierw dokonuje oceny merytorycznej, a następnie weryfikuje spełnianie warunków wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W sytuacji natomiast jaka ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, tj. stwierdzenia przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, Zamawiający zobligowany był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem informacje podane w formularzu ofertowym, stanowiące treść oferty nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz, jak tego oczekiwał Odwołujący, w trybie wyjaśniania treści oferty czy poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

57. Sygn. akt: KIO 2394/17, KIO 2409/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Tym samym w pierwszej kolejności Izba za konieczne uznała przedstawienie kilku argumentów natury ogólnej. W wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Pzp doszło do daleko idącej odformalizowania postępowania. Po pierwsze, na wstępnym etapie badania i oceny ofert podmioty zamawiające dokonują kwalifikacji wykonawców w oparciu o oświadczenia własne tych ostatnich składane na standardowych formularzach, w tym Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia (dalej: JEDZ). Kolejną możliwość odformalizowania postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z której to możliwości Zamawiający skorzystał w niniejszym przypadku, jest zastosowanie tzw. procedury odwróconej na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że w takiej formule procedowania podmiot zamawiający po dokonaniu wstępnej oceny ofert (pod kątem braku podstaw do odrzucenia) i opracowaniu rankingu ofert może dokonać weryfikacji złożonych przez wykonawców oświadczeń w zakresie spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia, ograniczając tę weryfikację tylko do oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert (tj. oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).

58. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów dotyczących niezgodności w ofertach Przystępującego oraz wykonawcy X, dostrzeżenia wymaga, iż w procedurze odwróconej Zamawiający w pierwszej kolejności bada oferty w kontekście podstaw odrzucenia, następnie oferty niepodlegające odrzuceniu ocenia w kryteriach i dopiero w dalszej kolejności bada, czy wykonawca, który uplasował się na pierwszym miejscu w rankingu, spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

W przedmiotowym postępowaniu dodatkowo Zamawiający określił, że dopiero po ustaleniu rankingu wykonawców żądał będzie złożenia dokumentów przedmiotowych od wykonawcy, którego oferta zajęła pierwsze miejsce. Tak więc dokumenty potwierdzające wymogi techniczne składane były dopiero po otrzymaniu przez konkretnego wykonawcę wezwania do złożenia odpowiednich dokumentów. Zatem przez złożenie tych dokumentów nie doszło do zmiany treści oferty, ale do potwierdzenia parametrów technicznych oferowanych według specyfikacji cenowej urządzeń.

Art. 25 ust. 1**59. Sygn. akt: KIO 1816/17, Wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r.**

W zakresie formy dokumentu w postaci oświadczenia p. Jakimova N. złożonego w dniu 22 marca 2017 r. (działającego w imieniu X S.A.) Izba uznała, że oświadczenie to spełnia wymogi formalne, stosownie do treści § 7 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126). Analiza powyższego przepisu nie wskazuje bowiem żadnej szczególnej formy takiego oświadczenia, w szczególności, że ma ono przybrać postać formę aktu notarialnego w rozumieniu krajowych przepisów ustawy o notariacie lub jakąkolwiek inną szczególną postać. W ocenie Izby pojęcie „Oświadczenie złożone przed notariuszem” należy rozumieć w ten sposób, iż notariusz winien poświadczyć tożsamość osoby składającej oświadczenie – bez konieczności badania prawdziwości tego oświadczenia, jak również konieczności nadawania mu jakiegokolwiek szczególnej formy. Istotą tego rodzaju oświadczenia jest bowiem złożenie jego przez osobę uprawnioną, w tym wypadku do reprezentowania podmiotu zbiorowego, zaś odpowiedzialność za jego treść oraz prawdziwość obciąża osobę, która składa to oświadczenie. *Ratio legis* tego przepisu zmierza bowiem do tego, aby własnym oświadczeniem doszło do zastąpienia dokumentu krajowego w postaci zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotów zbiorowych dla podmiotów, które mają siedzibę poza granicami RP i w których nie wystawia się tego typu dokumentów. Co istotne w krajach tych przepisu prawa mogą w ogóle nie przewidywać odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, które to rozwiązanie jest właściwe dla systemu prawnego UE. Nadto w państwach tych mogą istnieć znaczne odrębności w zakresie przepisów regulujących czynności notarialne, które to odrębności wynikają z wyciągu aktu prawnego Republiki Białoruskiej, tj. dowodu przedłożonego przez Przystępującego Konsorcjum z Liderem Y S.A. W takich sytuacjach trudno zakładać, aby wymóg „złożenia oświadczenia przed notariuszem” odczytywać inaczej jak tylko jako potwierdzenie tożsamości osoby je składającej wraz z ustaleniem jej prawa do reprezentacji, z tym że wskazaniem w treści tego oświadczenia, że jest ono składane w imieniu podmiotu zbiorowego – nie zaś jako oświadczenie własne osoby fizycznej.

60. Sygn. akt: KIO 2035/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.

Co zaś do sporządzania kopii dokumentów, należy zauważyć, że pierwszeństwo ma tu regulacja rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126). Zgodnie z § 14 tego aktu oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczącym wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczących podwykonawców, składane są w oryginale. Dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż ww. oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Tym samym w przypadku procedury przetargowej wykonawca może samodzielnie wykonać kopię zaświadczenia oraz poświadczyć ją za zgodność z oryginałem, niezależnie od wymogów istniejących w innych krajach i do innych celów.

Art. 25a ust. 1**61. Sygn. akt: KIO 2413/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.**

Izba podkreśla, że z powyżej wskazanych przepisów wynika, że oświadczenie w postaci JEDZ-a złożone wraz z ofertą musi wstępnie potwierdzać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Tym samym, co należy podkreślić, przepis ten w sposób jednoznaczny przesądza na jaki to dzień informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ mają potwierdzać spełnienie określonych wymagań – na dzień składania ofert; tym samym żaden inny dzień nie może być brany pod uwagę przy ocenie przesłanek wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji. Izba wskazuje, że oświadczenie JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, jest to oświadczenie wiedzy jakie w postępowaniu o udzielenie zamówienia składa wykonawca. Oświadczenie JEDZ stanowi dowód wstępny, który zastępuje zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie.

Wykonawca może zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia JEDZ, do czego ten ostatni jest zobowiązany w sytuacji, gdy JEDZ jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, w terminie jaki zostanie określony przez Zamawiającego.

W przypadku uzupełnienia oświadczenia JEDZ, wykonawca składa taki dokument do Zamawiającego, przy czym podkreślenia wymaga, że „zadaniem” tego oświadczenia jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Fakt tego, że oświadczenie JEDZ potwierdza wstępnie spełnienie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert – co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów – prowadzi do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert. Nie zostało skonkretyzowane, jak należy odczytywać datę na tym dokumencie – oświadczeniu JEDZ – jako datę potwierdzenia oświadczenia wiedzy zawartego we wstępnym oświadczeniu czy też jako datę sporządzenia dokumentu. Obowiązujący przepis (art. 26 ust. 3 ustawy) wskazuje jedynie, że dokumenty muszą zostać uzupełnione w terminie określonym przez Zamawiającego, co w ocenie Izby pozwala na twierdzenie, że regulacja nie stanowi żadnej wytycznej dla określenia daty w oświadczeniu JEDZ. Zestawiając zatem ze sobą powyższą argumentację Izba dochodzi do przekonania, że data zawarta w oświadczeniu nie stanowi żadnej determinanty, która miałaby wpływ na złożone przez wykonawcę oświadczenia wiedzy zawarte w JEDZU.

Art. 26 ust. 1 i 2**62. Sygn. akt: KIO 1216/17, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r.**

Wskazać bowiem należy, iż treść przepisów ustawy Pzp, w brzmieniu po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. [ustawa 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.] w sposób istotny zmieniła podejście do aktualności składanych dokumentów. Ustawodawca dokonał usunięcia wymogu, aby składane dokumenty były aktualne na dzień składania ofert. Co więcej obecnie, zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na

dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

63. Sygn. akt: KIO 1933/17, Wyrok KIO z dnia 2 października 2017 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów tylko wykonawcę, którego ofertę najwyżej ocenił, a wobec pozostałych wykonawców badanie ogranicza do oceny wstępnych oświadczeń złożonych w JEDZ. Powyższe pozostaje aktualne niezależnie od tego, czy w postępowaniu Zamawiający przewidziałby procedurę odwróconą, która określona została w art. 24aa Ustawy. Polega ona na tym, że zamawiający, nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców złożonych w JEDZ, dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 Ustawy) oraz ustalonych kryteriów oceny, po czym w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta uzyskała najwyższą ocenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, dokonuje weryfikacji podmiotowej. Zastosowanie art. 26 ust. 1 Ustawy przewidującego skierowanie wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zostało powiązane z procedurą odwróconą oceny ofert. Już tylko w świetle tych zasad oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu stawianie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów (referencji) Wykonawców X oraz Y czy też idącego dalej zarzutu zaniechania wykluczenia tych Wykonawców z postępowania, nie mogło być skuteczne. Zamawiający nie ma obecnie obowiązku wzywania wszystkich wykonawców do złożenia dokumentów, a takie wezwanie kieruje wyłącznie do wykonawcy, którego ofertę oceni najwyżej w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert. Dokumenty te nie są też składane w ofercie i dopiero na wezwanie zamawiającego wykonawca najwyżej oceniony składa aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty. Skoro zatem Odwołujący wycofał się z zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy Z, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, zarzuty dotyczące oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu kierowane wobec Wykonawców, co do których nie powstał obowiązek wzywania do złożenia dokumentów, nie mogły być uznane za zasadne. Przede wszystkim należy zauważyć, że dopiero przeprowadzenie wszystkich czynności związanych z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozwalałoby na stwierdzenie, jaki powinien być finalny wynik tej oceny w stosunku do wykonawców sklasyfikowanych na dalszych pozycjach. (...) Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy wykluczyć z postępowania można wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Skoro obaj Wykonawcy składali wyłącznie oświadczenia wstępne, dla stwierdzenia podstaw wykluczenia z postępowania konieczne było podważenie ich aktualności na moment zakończenia czynności w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 5 pkt 12 Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nastąpi zmiana sytuacji ocenionej wstępnie na podstawie oświadczeń złożonych w JEDZ.

64. Sygn. akt: KIO 2003/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Odwołujący błędnie również wywodzi, jakoby o spełnieniu warunku miałyby świadczyć okoliczność, że pan Jakub S. 3 września 2017 r., po terminie składania ofert, a nawet po terminie złożenia wykazu osób, uzyskał wymagane uprawnienia. Owszem, oświadczenia i dokumenty, składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, mają być aktualne na dzień ich złożenia. Z tego samego przepisu wynika jednak dodatkowo, że mają one „potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Zatem dokumenty te mają dowodzić prawdziwości wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu „aktualnych na dzień składania ofert”. Dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp mogą być zatem złożone z datą ich złożenia, ale niedopuszczalne

jest pozyskiwanie wymaganego potencjału dopiero po terminie składania ofert. Z pewnością natomiast w dacie składania ofert, a nawet w dacie złożenia wykazu osób, tj. 25 lipca 2017 r., pan Jakub S. nie posiadał wymaganych uprawnień.

Przyznać należało również rację zamawiającemu, że w opisanej sytuacji faktycznej brak było podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym zakresie aktualne pozostaje dotychczasowe orzecznictwo Izby, z którego wynika, że następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, a procedura z art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania.

65. Sygn. akt: KIO 2040/17, Wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r.

Zarzuty odwołującego wydają się wynikać z nieznamomości przepisów ustawy. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Pzp. Jej istotą jest żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie od wykonawcy, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Oświadczenia i dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, kierowane na podstawie art. 26 ust. 1, a w postępowaniach o niższej wartości – takich jak badane postępowanie – na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp, są składane po raz pierwszy i w razie stwierdzenia w nich braków lub błędów podlegających poprawieniu, zamawiający jest zobowiązany do umożliwienia wykonawcy dokonania takiej poprawy. Temu celowi służy art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający, po stwierdzeniu braku podania lat doświadczenia, Pana Zygmunta M., prawidłowo zrealizował powinności nałożone na niego ustawą i w ich rezultacie uzyskał wykaz spełniający wymagania opisane w SIWZ. Nie doszło więc do wielokrotnego wzywania przystępującego do uzupełnienia wykazu w tym samym zakresie.

66. Sygn. akt: KIO 2056/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.

Mając powyższe na względzie, wskazać należy, iż w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwskażeń, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania”.

Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, natomiast dowody składane na potwierdzenie tych warunków mają być aktualnego na dzień ich składania. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać określony warunek udziału w postępowaniu, który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert – ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To samo dotyczy braku podstaw wykluczenia. Na tym zatem polega różnica w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, kiedy to spełnianie warunków udziału w postępowaniu podlegało badaniu tylko na dzień składania ofert (...).

Z powyższą (obecnie obowiązującą) zasadą koresponduje również regulacja art. 26 ust. 2f ustawy Pzp – jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub

kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów – gdyż właśnie w obecnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu mają być nieprzerwanie spełnione od dnia składania ofert aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

67. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.

W zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp skład orzekającej uznał, że posłużenie się przez Przystępującego zaświadczeniami z ZUS i US oraz innymi oświadczeniami (oświadczeniami o braku wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, braku wydaniu zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, nieprzynależeniu do tej samej grupy kapitałowej), a także wykazem usług, sprzętu czy też osób, wystawionymi po terminie składania ofert, było wystarczające. Wynika to jednoznacznie z treści art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi o dokumentach aktualnych na dzień ich złożenia. Jest to słuszne założenie ustawodawcy, gdyż nie wymusza na wykonawcach antydatowania dokumentów. Zgodnie z obecną procedurą Przystępujący wraz z ofertą złożył JEDZ stanowiący wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania, którą to okoliczność następnie potwierdził przedstawiając stosowne dokumenty, w tym m.in. zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i urzędu skarbowego.

Art. 26 ust. 3 i ust. 3a

68. Sygn. akt: KIO 1611/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.

Podstawą oceny Izby jest przyjęcie założenia, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia – nie można oczekiwać, że oferta ta będzie kształtowana w wyniku wezwań zamawiającego zmierzających do niwelowania błędów i braków jakie miały miejsce w momencie jej złożenia tak, aby mogła podlegać ocenie. Bowiem to nie zamawiający ma kształtować oświadczenie wykonawcy będące ofertą – powinien on je tylko przyjąć w istniejącym, niezmienionym kształcie.

Wskazać należy, że ustawodawca dopuścił w art. 26 ust. 3 [ustawy Pzp – *przyp. red.*] możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oferty. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...)

Dla prawidłowości wezwania i oceny jego skutków nie ma znaczenia, czy wykonawca odpowiedział na to wezwanie, ważne jest czy miał w ramach wezwania możliwość wykazać spełnienie wymogu, czy też złożenia dokumentu, o który został wezwany. Izba stoi na stanowisku, że wskazanie podstawy prawnej w skierowanym wezwaniu nie przesądza o jego prawidłowości. Oczywiście wykonawca winien być zorientowany w ramach jakiego przepisu kierowane jest do niego wezwanie. Podany przepis podstawy wezwania umożliwia wykonawcy uzupełnienie wiedzy co do zakresu wzywania. Jednakże brak jego podania może być co najwyżej uchybieniem formal-

nym nie mającym wpływu na ważność wezwania. Wykonawca winien czerpać wiedzę co do zakresu wezwania nie z treści wskazanego przepisu, ale treści samego wezwania, gdyż to treść wezwania determinuje jego prawidłowość, a chociażby o tym, czy wezwanie jako nieprecyzyjne nie powinno być ponowione. W zakresie formułowania treści wezwania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, jak wyżej wskazano nie ma w Pzp przepisu odpowiadającego np. art. 180 ust. 3, w którym wyraźnie wskazano co powinna zawierać treść odwołania. (...)

Jednakże istotą w tym postępowaniu jest przede wszystkim to, że wezwany wykonawca nie wykonał wezwania i nie przedłożył stosownego oświadczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, że już pierwsze wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego było prawidłowe i brak jego wykonania stanowił wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

69. Sygn. akt: KIO 1978/17, Wyrok KIO z dnia 4 października 2017 r.

Skład orzekający całkowicie podziela stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp z jednej strony oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z drugiej strony stanowią odrębne i niezależne podstawy wykluczenia z postępowania. Wykluczeniu wykonawcy za wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przekazaniu informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi towarzyszyć jednoczesne stwierdzenie wykluczenia za niewykazanie spełnienia tych warunków, poprzedzone zastosowaniem procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odmienne stanowisko prowadziłoby do takiej interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy, tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją, potwierdzającą spełnienie tego warunku. Interpretację taką uznać należy za niezasadną i nieodpowiadającą celowi wprowadzenia regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. *Rato legis* tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi należy zatem uznać za niedopuszczalne.

70. Sygn. akt: KIO 2003/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu może nastąpić tylko po wyczerpaniu przez zamawiającego procedury z art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie, o którym mowa w tym ostatnim przepisie, powinno być jednoznaczne i precyzyjne. Szczegółowość wezwania zależy do konkretnego stanu faktycznego. W sytuacji gdy wykonawca nie składa żadnych oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu, wystarczającym jest wezwanie do ich złożenia. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia lub dokumenty, które zdaniem zamawiającego są obarczone jakimiś błędami lub wymagają poprawienia, taka treść wezwania jest niewystarczająca. Obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie w treści wezwania, jakie błędy stwierdzono i co wymaga poprawienia. Przy czym prawidłowe wezwanie powinno odnosić się do usunięcia wszystkich błędów czy braków. (...)

Należało przyznać rację odwołującemu, że jedyne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jakie zamawiający kierował do niego w dniu 25 sierpnia 2017 r., nie było dość precyzyjne i jednoznaczne. W piśmie tym zamawiający wezwał wprawdzie wykonawcę do uzupełnienia dokumentów referencyjnych, jednakże jedynym powodem wezwania, jaki zamawiający ujawnił odwołującemu, był brak aktualności dokumentów referencyjnych. Zamawiający nie dostrzegł na tamtym etapie, że dokumenty złożone przez odwołującego obarczone były dalszym błędem, polegającym na braku tożsamości podmiotu wymienionego w wykazie i podmiotu wystawiającego referencje.

Zamawiający nie może się zasłaniać faktem, że do wezwania załączył pismo innego wykonawcy z 23 sierpnia 2017 r., w którym m.in. istotnie wskazano na brak tożsamości podmiotów z pkt 2 wykazu i referencji i poprosił o odniesienie się do jego treści. Po pierwsze było to wezwanie do składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a nie 26 ust. 3 Pzp. Ponadto, jak wynikało z wezwania do wyjaśnień, zamawiający poprosił odwołującego o odniesienie się do pisma konkurenta jedynie w kwestii wartości umów wskazanych w wykazie, a nie tożsamości zleceniodawcy. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części II zamówienia i skierowanie do odwołującego prawidłowego wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w części II zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec tego, że poprzednie wezwanie nie było dość precyzyjne, kolejne wezwanie nie będzie naruszało zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec powyższego odwołanie podlegało w omawianym zakresie uwzględnieniu.

71. Sygn. akt: KIO 2035/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.

(...) przedłużenie terminu wyznaczonego w wezwaniu czy to z art. 26 ust. 1/ust. 2, czy też z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przed upływem tego terminu, z formalnego punktu widzenia nie jest ponownym wezwaniem, ale zmianą pierwotnego wezwania (pod warunkiem, że zostanie dokonane przed upływem wyznaczonego terminu). Takie działanie było jednoznacznie dopuszczane przez orzecznictwo i piśmiennictwo (w tamtym okresie w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wezwań z art. 26 ust. 1 i ust. 2 nie było – jednak obecnie zasadę tę można stosować także do innych rodzajów wezwań do przedstawienia dokumentów). Z logicznego punktu widzenia jest to konieczne dla zachowania elastyczności działań zamawiającego i wykonawców, gdyż w postępowaniu mogą zaistnieć różne okoliczności nieprzewidziane przez zamawiającego przy wyznaczaniu terminu w wezwaniu.

72. Sygn. akt: KIO 2073/17, Wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy wskazać, że instytucja wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma służyć temu, by zamawiający miał możliwość uniknięcia wykluczenia wykonawcy, który złożył prawidłowo sporządzoną pod względem cenowym i merytorycznym ofertę, ale nie dopełnił warunków formalnych pozwalających jednoznacznie stwierdzić, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, bądź który nie przedłożył w sposób wymagany innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Istotnym jest przy tym zachowanie zasady jednokrotności wezwania, w sytuacji gdy pierwsze wezwanie jest jednoznaczne i precyzyjne – zignorowanie tej zasady prowadzić może do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Rozpatrując dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, koniecznym jest uwzględnienie

treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Łączne odczytanie powołanych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca, który nie wypełni zobowiązań nałożonych nań przez zamawiającego w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podlega wykluczeniu. Mając na uwadze zasadę jednokrotności wezwania, nie jest możliwym zachowanie udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie złożył dokumentów, których żądał zamawiający w jednoznacznym i precyzyjnym wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w sposób nieprawidłowy sformułował wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądając od Odwołującego przedłożenia dokumentów, którymi ten nie był zobowiązany dysponować, wobec okoliczności, iż dotyczyły one podmiotu, co do którego wycofane zostało oświadczenie o powołaniu się na jego zasoby. Jednocześnie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zmianę podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, bowiem uzależnił tę możliwość od poprzedzającego ją złożenia dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. Izba uznała, iż utrzymanie przymiotu ważności ww. wezwania, które stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem mogło skutkować wykluczeniem z postępowania Odwołującego. Konwalidowanie postępowania mogło nastąpić jedynie poprzez unieważnienie przedmiotowego wezwania oraz skierowanie do Odwołującego nowego, prawidłowo sformułowanego wezwania.

73. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r.

W tym miejscu dodać należy, że wbrew twierdzeniu Odwołującego X wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 nie wyklucza możliwości zamiany osoby wskazanej w wykazie osób dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca dysponował tą osobą w dniu składania ofert. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w powołanym wyroku wskazał, iż nie jest dopuszczalne, aby po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Trybunał wskazał, iż takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz ma wpływ na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia.

Sprawa, do której odnosi się ww. wyrok TSUE, dotyczyła powołania się na potencjał osoby trzeciej, w sytuacji gdy z pierwotnej treści oferty wynikało, że wykonawca jest samodzielnie zdolny do wykonania zamówienia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Trybunał uznał, że taka zmiana dotyczy samej tożsamości wykonawcy oraz jego zdolności do wykonania zamówienia, zatem jest zbyt daleko idąca. Podnoszona przez Odwołującego X kwestia zamiany jednej z osób powoływanych dla wykazania spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym nie wpływa w żaden sposób na tożsamość wykonawcy oraz ocenę jego zdolności do zrealizowania zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że zamiany osób na określonych przez Zamawiającego stanowiskach są rzeczą naturalną, niejednokrotnie nieuniknioną (śmierć, choroba), wobec czego nieracjonalnym byłoby uniemożli-

wianie zamiany tych osób – w tym również w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca udowodni, iż dysponował tą osobą w dniu składania ofert.

74. Sygn. akt: KIO 2218/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.

Wskazać należy, że artykuł 26 ust. 3 ustawy P.z.p., na podstawie którego zamawiający wystosował wezwanie z dnia 9 października 2017 roku, w ogóle nie odnosi się do aktualności składanych dokumentów. Przyjąć jednak należy, że składane dokumenty powinny być aktualne na dzień ich faktycznego złożenia. Wynika to z motywu 85 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.), gdzie europejski ustawodawca podkreślił, iż istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach. Pośrednio wniosek taki można wysnuć również z art. 26 ust. 2 *in finito* ustawy P.z.p., gdzie wprost wskazano, że zamawiający może wezwać wykonawców do złożenia aktualnych dokumentów, jeżeli złożone uprzednio są już nieaktualne.

75. Sygn. akt: KIO 2319/17, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r.

W przywołanym postanowieniu SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia wraz z ofertą opisów technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów, lub katalogów producenta pozwalających na dokonanie stosownej weryfikacji oferowanej aparatury względem wymagań zamawiającego. Nie było sporne między stronami, że odwołujący nie złożył w ofercie wymaganych dokumentów w odniesieniu do komputerów z oprogramowaniem (poz. 12 załącznika nr 1a do SIWZ), monitorów (poz. 13 załącznika nr 1a do SIWZ) oraz zestawów pamięci masowej. Istotnym także okazał się fakt, że odwołujący w żadnym miejscu swej oferty nie ujawnił zamawiającemu informacji na temat przedmiotu swej oferty w tym zakresie, a mianowicie producenta, typu i modelu w odniesieniu do komputerów, monitorów, zestawów pamięci masowej. Informacje takie nie wynikały w szczególności z kalkulacji i opisu technicznego (str. 24–26 oferty odwołującego). W kalkulacji i opisie odwołujący ujawnił jedynie, że oferowane przez niego urządzenia będą posiadać cechy wymagane przez zamawiającego, lecz nie wskazał, jakie to będą urządzenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym, brakujące dokumenty nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. (...)

Izba stwierdziła, że dokumenty żądane przez zamawiającego w pkt 3.5. ppkt 5.1. SIWZ, na tle tej specyfikacji, nie służyły bowiem jedynie potwierdzeniu wymagań zamawiającego. Wobec braku wskazania przedmiotu oferty w innych dokumentach ofertowych, dokumenty te indywidualizowały także przedmiot oferty, określając zakres zobowiązania oferenta. Nie można było ich zatem kwalifikować jedynie jako dokumenty „potwierdzające”, że przedmiot oferty spełnia określone wymagania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tej konkretnej sprawie dokumenty te stanowiły ofertę *sensu stricte*, wyznaczając jej ścisłą merytoryczną treść i określając przedmiot zobowiązania oferenta. Podkreślenia wymagało także, że zamawiający, wbrew stanowisku odwołującego oczekiwał ujawnienia zakresu zobowiązania wykonawcy już na etapie ofertowania. Zamawiający oczekiwał bowiem złożenia tych dokumentów już w ofercie, a nie dopiero w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Ponadto zamawiający jasno określił swój cel ich żądania, a mianowicie to, że mają służyć weryfikacji oferowanej aparatury. Powyższe w połączeniu z faktem, że zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów i oświadczeń, w których wykonawcy mogliby poinformować o przedmiocie swej oferty, a odwołujący z własnej inicjatywy nie przedstawił takich danych, uniemożliwiało zamawiającemu zakwalifikowanie tych dokumentów jako podpadających pod dyspozycję art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji skierowanie do odwołującego wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tej sytuacji bowiem zezwolenie na to, aby odwołujący w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył zamawiającemu brakujące dokumenty oznaczałoby przyzwolenie na dowolne manipulowanie przedmiotem oferty po terminie składania ofert. Odwołujący miałby bowiem pełną swobodę w określeniu, co tak *de facto* oferuje zamawiającemu. W tej sytuacji konstruowanie przedmiotu oferty przez odwołującego odbywałoby się przy pełnej znajomości ofert konkurencyjnych, które są jawne od chwili ich otwarcia, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, a także zakaz modyfikacji ofert po terminie ich składania, wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp.

76. Sygn. akt: KIO 2356/17, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r.

(...) po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. [ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.], art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zawiera wskazania terminu aktualności składanych czy uzupełnianych dokumentów. Wskazanie takiego terminu zawiera jednakże art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym oświadczenia lub dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia. Tym samym składane przez wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia lub dokumenty mają być aktualne na dzień wyznaczony w wezwaniu do ich złożenia (w przedmiotowej sprawie – 18 sierpnia 2017 r.). Należy zatem przyjąć, że w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Ustawodawca wyznaczył kierunek rozumienia aktualności dokumentów i uznał za aktualne dokumenty potwierdzające stan niepóźniejszy niż dzień wyznaczony na ich złożenie. W konsekwencji, skoro takie rozwiązanie zostało przyjęte przez Ustawodawcę w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, należy przyjąć, że jest ono zasadne także w przypadku wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że oświadczenia lub dokumenty składane czy uzupełniane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i aktualne na dzień wyznaczony w tym wezwaniu, należy uznać za złożone/uzupełnione prawidłowo.

Należy się przy tym zgodzić z odwołującym, że uznanie za dopuszczalne złożenia informacji z KRK aktualnych na dzień wyznaczony w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca podlegający wykluczeniu w dniu wyznaczonym na złożenie dokumentów w wezwaniu z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zatarcie skazania, w dniu wyznaczonym na złożenie dokumentów w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, byłby już w stanie wykazać, że wykluczeniu nie podlega. Należy jednak zauważyć, że takie ryzyko istnieje już w sytuacji, gdy wykonawca w dniu składania ofert podlega wykluczeniu, czego nie ujawnia w oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, a następnie z uwagi na zatarcie skazania, w dniu wyznaczonym na złożenie dokumentów w wezwaniu z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jest już w stanie wykazać, że wykluczeniu nie podlega. Mimo to w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Ustawodawca wyraźnie wskazał, że oświadczenia i dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia. Kwestionowanie zasady składania dokumentów aktualnych na dzień wyznaczony do ich złożenia z uwagi na wyżej opisane ryzyko, musiałoby zatem dotyczyć także art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie przecież zasada ta została wprost przez Ustawodawcę wskazana, bez potrzeby jej wywodzenia z innych przepisów. Tym samym należy uznać, że skoro art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje składanie oświadczeń lub dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, nie ma powodu, aby rozwiązanie to było niedopuszczalne w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

77. Sygn. akt: KIO 2632/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby twierdzenie Zamawiającego na rozprawie, iż w wezwaniu nie mógł się precyzyjnie odnieść do poszczególnych danych zawartych w dokumentach Odwołującego, z uwagi na zastrzeżenie przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zasługuje na uwzględnienie.

nie. Wskazuje na to m.in. sama treść odpowiedzi na odwołanie, która jest dokumentem jawnym, w której Zamawiający szeroko przedstawił swoje zastrzeżenia i wątpliwości dotyczące złożonych przez Odwołującego dokumentów. Oznacza to, że nie było przeszkód, aby przedstawić je w wezwaniu skierowanym do Odwołującego.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, iż mógł przyjąć, że Odwołujący rozumie, w jakim zakresie winien uzupełnić dokumenty, bowiem Odwołujący nie wystąpił o doprecyzowanie wezwania. Właściwe, jednoznaczne sprecyzowanie wezwania jest bowiem wyłącznym obowiązkiem Zamawiającego, który nie może być przeniesiony na wykonawcę i pozostawiony jego domyślności. W związku z tym brak tej cechy wezwania czyni je, w ocenie Izby, nieskutecznym. W konsekwencji nie można z takiego wezwania wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania.

Nadto z twierdzeń Zamawiającego, zaprezentowanych na rozprawie, wynika m.in., iż jednym z powodów wykluczenia Odwołującego z postępowania było to, iż na wezwanie wystosowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przesłał zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika, że zobowiązuje się on do udostępnienia zasobów na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, a nie ust. 4, tj. że, zdaniem Zamawiającego, nie wynika z tego zobowiązania, iż podmiot ten ma wystąpić przy realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem przedmiotowe wezwanie do uzupełnienia nie zawiera informacji w tym zakresie. Takiej informacji nie zawiera także pismo Zamawiającego informujące o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Oznacza to, że jest to całkowicie nowa okoliczność, nieznaną Odwołującemu w dacie sporządzania odwołania, która w konsekwencji nie mogła stanowić podstawy dla sformułowania zarzutu, a tym samym nie mogła być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę. Niemniej jednak, sam fakt ujawnienia się takiej okoliczności na rozprawie, dodatkowo potwierdza wadliwość czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, która to czynność legła u podstaw wniesienia przez niego przedmiotowego odwołania.

W ocenie Izby, wobec nieprawidłowego wezwania, informację o rzeczywistych powodach jego wystosowania oraz powodach wykluczenia go z postępowania, Odwołujący mógł poznać dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie oraz stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie. W związku z tym koniecznym stało się unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako wykluczonego z postępowania, oraz dokonanie ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie świadczenia.

Art. 26 ust. 4

78. Sygn. akt: KIO 1664/17, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2017 r.

(...) wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości zamawiającego, wynikających zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i samej treści oferty. Za wyjaśnienia nie mogą być uznane takie treści, które w rzeczywistości wprowadzają do danego dokumentu oferty nową treść. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie wyjaśnianym lub jest błędna, stanowią *de facto* – uzupełnienie treści, a więc stają się wyjaśnieniami udzielonymi w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nadmienić należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akceptowane jest stanowisko, iż proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania. Oznacza to, że w przypadku gdy, mimo przedłożenia wyjaśnień, zamawiający nadal ma wątpliwości lub pojawiły się kolejne obszary wymagające wyjaśnienia, to zamawiający jest uprawniony do wystąpienia o kolejne wyjaśnienie. Jednakże jeśli w wyniku zapytania wykonawcy przez zamawiającego, dokonuje się uzupełnienia treści oferty czy wymaganych dokumentów oferty (w sposób celowy czy też

nie), to takie wyjaśnienia należy uznać za kolejne uzupełnienie treści oferty, które jest niedopuszczalne. (...)

Za takim stanowiskiem przemawia także treść najnowszego orzecznictwa ETS, gdzie przykładowo w orzeczeniu z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Trybunał wskazał, że procedurę wezwania do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów należy przeprowadzić w taki sposób, aby dokonywana po wyborze oferty ocena tego postępowania nie uzasadniała twierdzenia, że w sposób odmienny od pozostałych wykonawców potraktowano wykonawcę wezwanego do uzupełnienia dokumentów czy udzielenia wyjaśnień. Ponadto w tym orzeczeniu wskazano, że wyjaśnienie czy uzupełnienie w zakresie dokumentów przedmiotowych winno być dokonywane niezwykle ostrożnie – tak, aby w następstwie wyjaśnień zamawiający nie uzyskiwał treści niewyrażonych w ofercie i już złożonych dokumentach. – a tym samym nie prowadziły do zmiany oferty.

Art. 26 ust. 6

79. Sygn. akt: KIO 2160/17, Wyrok KIO z dnia 26 października 2017 r.

Wykonawca wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających informacje ujęte w JEDZ, zgodnie z treścią art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, powołał się na okoliczność, że Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego wykonywane jest zadanie referencyjne, co oznacza, iż Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dodatkowych dokumentów, musi jedynie wskazać o jakich dokumentach mowa i gdzie się one znajdują. Choć Przystępujący niezbyt precyzyjnie określił w odpowiedzi na wezwanie o jakim konkretnie z nazwy dokumencie mowa, to jednak zaznaczył, iż wykonuje na rzecz Zamawiającego umowę i informacje podane w JEDZ pozostają aktualne. To w ocenie Izby oznacza, że Zamawiający bez większego problemu, zidentyfikowawszy w JEDZ zadanie potwierdzające warunek wiedzy i doświadczenia, wiedział, że mowa jest o wieloletniej umowie wykonywanej na jego rzecz, zaś dokumentami potwierdzającymi należyte wykonywanie usług są wystawiane dla takiego wykonawcy referencje przez samego Zamawiającego. Nawet jeżeli odpowiedź na wezwanie nie była do końca precyzyjna i nie odpowiadała w pełni treści przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia o dokumentach [*rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r. poz. 1126) – przyp. red.*], to uchybienie to ma jedynie charakter formalny i nie mogło wypłynąć negatywnie na ocenę sytuacji Wykonawcy w postępowaniu, tym bardziej też nie świadczy, że Przystępujący nie wykazał i nie potwierdził spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający ma wiedzę, w jaki sposób na bieżąco przebiega proces wykonywania umowy, co więcej, wie kiedy i jakie dokumenty wystawił, poświadczając, czy dane zamówienie jest realizowane należycie. Jak wynika z informacji przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego świadczenia odbierane są jakościowo w okresach comiesięcznych, a jakość wykonania i osiągnięcie wymaganego standardu potwierdzają Protokoły Kontroli Jakości. Zamawiający wiedział także, ile i jakiej treści referencje wystawił dla Przystępującego w trakcie realizacji umowy i że ostatnie z tych referencji datowane są na 8/09/2017, poprzednie zaś sporządzono 18/06/2017, a więc mieszczą się one w 3-miesięcznym okresie ważności ustalonym przez ustawodawcę dla tego rodzaju dokumentów. Odwołujący nie wykazał zatem w żaden sposób, że Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału wiedzy i doświadczenia, że zamówienie referencyjne nie odpowiada wymogom SIWZ oraz że nie istnieją dokumenty potwierdzające sposób realizacji umowy. Nie ma więc potrzeby wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających informacje wynikające z JEDZ mające potwierdzać spełnienie warunków udziału.

Art. 29 ust. 1 i 2**80. Sygn. akt: KIO 1598/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.**

Z przywołanego przepisu wynika, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05)). Z kolei dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 17 kwietnia 2009 r., (sygn. akt II Ca 137/09)). Z drugiej strony do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas, gdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie oznacza wszakże całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, czy wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, że nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art 29 ust. 2 pzp (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2729/10)).

Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05), wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05), wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI ACa 965/11), podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2013 r. (sygn. akt 1589/13) i wyroku z 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1314/13)).

Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi (tak np. wyrok z 21 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1954/10), podobnie w wyroku z 26 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1995/11)). Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem określeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę, albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, że uniemożliwiają one udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok z 5 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 938/14), wyrok z 27 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 28/14)).

Izba zważyła, że w ustalonych powyżej okolicznościach wymagania objęte rozpatrywanymi zarzutami nie są podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, natomiast stanowią odzwierciedlenie jego preferencji co do określonych urządzeń, pomimo istnienia innych drukarek, które równie dobrze mogą zaspokoić potrzeby Zamawiającego w zakresie masowego wydruku. W konsekwencji powyższe wymagania należy uznać za utrudniające konkuren-

cję pomiędzy wykonawcami funkcjonującymi na rynku urządzeń służących zaspokojeniu tego typu potrzeb.

Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnego obiektywnego uzasadnienia dla niedopuszczenia drukarek LED-owych. Samo twierdzenie o mniejszej dokładności wydruków z tych drukarek jest niewystarczające, gdyż Zamawiający nie uprawdopodobnił, czy ewentualna różnica wynika z innego sposobu naświetlenia bębna przekłada się na obniżenie dokładności wydruku, która ma znaczenie z punktu widzenia zamierzonego przeznaczenia zamawianych drukarek.

Przede wszystkim dla zabezpieczenia uzasadnionych oczekiwań Zamawiającego co do jakości wydruku powinny posłużyć parametry wprost odnoszące się do tej kwestii, takie jak np. rozdzielczość wydruku. Określenie takich parametrów jest wystarczające, gdyż jeżeli rzeczywiście drukarki LED-owe obiektywnie nie będą mogły im sprostać, nie będą mogły zostać zaoferowane. Ustalenie wymagania eliminującego z założenia określoną technologię jest tym bardziej nieuzasadnione, że Zamawiający zdaje się poruszać w sferze przypuszczeń i spekulacji co do możliwości technicznych drukarek LED-owych, skoro domniemywa w odpowiedzi na odwołanie, że „musi prawdopodobnie istnieć jakiś powód dlaczego technologia LED nie uzyskała szerszej akceptacji i nie jest rozpowszechniona rynku”. Zamawiający zdaje się również nie mieć orientacji co do powszechnej dostępności drukarek LED-owych na rynku od wielu lat, skoro uważa, że zakup tych drukarek uczyniłby z niego testera nowych, niesprawdzonych technologii. Zupełnie spekulatywny charakter ma twierdzenie Zamawiającego, jakoby producenci drukarek LED mieli znajdować się w gorszej kondycji finansowej niż producenci drukarek laserowych. Z kolei dla ewentualnego zaprzestania przez producenta wsparcia dla danej drukarki nie ma znaczenia technologia druku, na której jest oparte dane urządzenie. Równie dobrze przedwcześnie z punktu widzenia interesu Zamawiającego w utrzymaniu bezpieczeństwa teleinformatycznego może zakończyć się wsparcie ze strony producenta drukarki laserowej. I w niczym nie pomoże, że na rynku będzie funkcjonowało jeszcze wielu innych producentów takich drukarek, gdyż sama laserowa technologia wydruku nie oznacza, że urządzenia różnych producentów mają wspólne i zastępowalne wzajemnie sterowniki czy wewnętrzne oprogramowanie (*firmware*). Z powyższych względów dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia drukarek drukujących w technologii LED (a raczej wyeliminowanie generalnego wyłączenia możliwości ich zaoferowania).

Za oczywiście prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji należało uznać regulowanie przez Zamawiającego takich szczegółów, jak sposób zapełnienia tacy odbiorczej. Biorąc pod uwagę, że równolegle Zamawiający określił swoje wymagania co do szybkości wydruku, które w ocenie Odwołującego nie są wygórowane, bezprzedmiotowa jest cała argumentacja Zamawiającego przedstawiona w toku postępowania odwoławczego. Z tego względu dla zachowania uczciwej konkurencji konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu wykreślenia tego zbędnego wymagania. O ile samo wymaganie zabezpieczenia materiałów eksploatacyjnych koniecznych do wydruku określonej liczby kopii może zostać za uzasadnione również w postępowaniu dotyczącym zakupu drukarek, o tyle musi zostać opisane w taki sposób, aby nie naruszało uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami funkcjonującymi na rynku drukarek laserowych. Zamawiający może i powinien uwzględnić funkcjonujące na rynku rozwiązania co do bębnow i tonerów i znaleźć taki wspólny mianownik, aby wykonawcy oferujący drukarki różnych producentów danej klasy, różniące się wydajnością i ceną materiałów eksploatacyjnych (bębna i tonera), mogli konkurować rzeczywistym kosztem wydruku strony dla wolumenu wydruku założonego przez Zamawiającego w określonym czasie. Izba zważyła, że Zamawiający bezpodstawnie powołuje się na to, że kierował się kosztem wydruku w cyklu życia drukarki, gdyż nie ustanowił w tym zakresie stosownego kryterium oceny ofert. Natomiast zaskarżone wymaganie nie służy osiągnięciu temu celowi,

a w oczywisty sposób preferuje drukarki, w których wydajność bębna jest bardzo duża, choć wydajność tonerów już niekoniecznie. Gdyby Zamawiającemu rzeczywiście zależało na ustaleniu parametru premiującego jak najniższy koszt wydruku jednej strony, wymagałby zabezpieczenia zarówno bębnow, jak i tonerów niezbędnych dla określonego wolumenu wydruku w danym czasie. Natomiast Zamawiający wymaga wydajności bębna na takim poziomie, aby odpowiadała to charakterystyce urządzeń wywodzących się od producenta X, jednocześnie nie oczekując na takim samym lub zbliżonym poziomie wydajności od tonera, co wyrównałoby szanse producentów drukarek, w których bębny mają mniejszą wydajność, ale z kolei tonery mają większą wydajność i niższą cenę. Z powyższych względów konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu, aby dla zachowania uczciwej konkurencji określił zakres objętych dostawą materiałów eksploatacyjnych w sposób niedyskryminacyjny dla funkcjonujących na rynku rozwiązań technicznych odnośnie wydajności i rozdzielności bębnow i tonerów, z uwzględnieniem rzeczywistego kosztu wydruku jednej strony dla zakładanego wolumenu wydruku. (...)

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi uszczegółowienie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zasada uczciwej konkurencji nie oznacza obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby w postępowaniu mógł wziąć udział każdy wykonawca, który przejawia taką chęć. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia adekwatnie do jego uzasadnionych potrzeb, które mają zostać zaspokojone dzięki udzielonemu zamówieniu, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na minimalnym poziomie.

Udzielenie zamówienia służy zaspokojeniu zobiektywizowanych i racjonalnych potrzeb zamawiającego, co może i powinno znaleźć odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli dla osiągnięcia tego celu zastosowano proporcjonalne środki, opis przedmiotu zamówienia może prowadzić do ograniczenia konkurencji wyłącznie do wykonawców zdolnych do zaoferowania produktów odpowiadających uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W takim przypadku nie dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, gdyż wyrażona w tym przepisie zasada nie ma charakteru absolutnego, w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku dostosowania się do możliwości wszystkich zainteresowanych wykonawców, którzy nie są w stanie sprostać wymaganiom takiego opisu przedmiotu zamówienia (zob. wyrok Izby z 11 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2503/14)). Fakt posiadania danego produktu przez danego wykonawcę nie oznacza że dany zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 23 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 431/09), jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków, zarówno pod względem finansowym, jak i użytkowym (wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z 4 lutego 2015 r., sygn. akt GSK 2203/13). Zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do takiego opisu parametrów zamówienia, by jego realizacja odpowiadała zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji, czyli umożliwienia złożenia ofert przez wykonawców będących w stanie podobać takim wymaganiom zamawiającego. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy poprzez wskazanie parametrów i może opisać przed-

miot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 23 października 2015 r., sygn. akt VIII SA/Wa 311/15) zob. wyrok Izby z 22 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 308/16). (...)

Wymaganie, aby podajnik papieru mieścił standardową ryzę papieru nie sposób uznać za nieuzasadniony. Izba nie ma również podstaw, aby nie dać wiary Zamawiającemu, że zamawiane drukarki będą wykorzystywane również do wydruku dokumentów, których obszerność odpowiada ustalonemu rozmiarowi tacy odbiorczej. Przy czym parametry te odpowiadają standardom funkcjonującym na rynku i wcale nie zawężają konkurencji wyłącznie do drukarek X i pokrewnych urządzeń. Zestawienie urządzeń przygotowane przez Odwołującego wskazuje ponadto, że typowo podajnik ma dwukrotnie większą pojemność niż taca odbiorcza, co umożliwia wydrukowanie większej liczby dokumentów bez ciągłego dokładania papieru.

Podobnie określona przez Zamawiającego górna granica gramatury papieru akceptowanego przez drukarki również odpowiada standardom funkcjonującym na rynku, nie zawężając konkurencji wyłącznie do urządzeń Xi pokrewnych urządzeń, co wynika z zestawienia przygotowanego przez Odwołującego. Izba nie miała zatem podstaw, aby nakazywać Zamawiającemu obniżenie oczekiwanego standardu do możliwości urządzeń oferowanych przez Odwołującego.

Z kolei wyłączenie możliwości zaoferowania urządzeń wielofunkcyjnych w ramach części zamówienia dotyczącej drukarek, choć nie stanowi parametru technicznego dotyczącego wydruku, należy uznać za uzasadnione z uwagi na przeznaczenie większości zamawianych drukarek do eksploatacji w niejawnych sieciach teleinformatycznych. Oczywiście jest, że drukarki w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych zmniejszają ryzyko nieuprawnionego wycieku informacji niejawnych, uniemożliwiając jednocześnie nieuprawnione wprowadzanie informacji do tych systemów.

Możliwość programowego wyłączenia dla urządzeń wielofunkcyjnych innych funkcji niż wydruk nic w tym zakresie nie zmienia, skoro mogą być one ponownie aktywowane, również przez osobę nieupoważnioną. Nie ma również znaczenia, że w innej części zamówienia zamawiane są urządzenia wielofunkcyjne, gdyż ich przeznaczenie może być inne. Ponadto trudno odmawiać Zamawiającemu prawa do zamówienia tam, gdzie jest to konieczne z uwagi na wymagania ochrony informacji niejawnych, urządzeń, których funkcjonalność ogranicza się do wydruku.

81. Sygn. akt: KIO 1686/17, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2017 r.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

82. Sygn. akt: KIO 1777/17, Wyrok KIO z dnia 7 września 2017 r.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności Zamawiającego, dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ to właśnie za jego pomocą Zamawiający

informuje wykonawców o określonych cechach a także wymaganiach, odnoszących się do danego rodzaju dostaw, usług czy też robót budowlanych.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak podkreślenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony przez Zamawiającego w taki sposób, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący. Jedynie takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w konsekwencji zapewni wykonawcy – bez dokonywania dodatkowych interpretacji – możliwość prawidłowego ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, a także, czy wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia są w nim uwzględnione. Wobec tego prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien bez problemu pozwolić wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb Zamawiającego, a następnie przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

Podkreślenia wymaga, że z treści art. 29 ust. 1 Pzp wynika również, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo”.

83. Sygn. akt: KIO 1789/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.

Podkreślić jednakże należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający, jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby, uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: „podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy” (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę

Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008 r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym „(...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów”.

84. Sygn. akt: KIO 1869/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.

Wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych.

Z powyższych przepisów wynika, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

85. Sygn. akt: KIO 1911/17, Wyrok KIO z dnia 29 września 2017 r.

Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, należy wskazać, iż zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 664/17). Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby odpowiadał wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz w sytuacji,

w której dochodzi do zamierzonego przez zamawiającego uprzywilejowania określonej grupy wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 71/17).

86. Sygn. akt: KIO 2006/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Istotne w sprawie jest to, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez opis jego wymagań funkcjonalnych. Zawarte w SIWZ opisanie przedmiotu zamówienia pozostawia dużo swobody wykonawcy, nie narzucając z góry sposobu wykonania zamówienia, a ograniczając się jedynie do opisanie zamierzonych celów. Funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia, polega bowiem na opisanie wymagań dotyczących aspektów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych oraz funkcjonalnych tak, aby zagwarantowana była porównywalność ofert, a zatem na opisanie potrzeb, celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia lub opisanie oczekiwanego przez zamawiającego sposobu jego działania lub efektów jego realizacji (funkcjonowania). (...)

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Treść tego przepisu wskazuje, iż Zamawiający formułując postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, winien wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty. W ocenie Izby do okoliczności tych zaliczyć należy również dostępne na rynku technologie i rozwiązania techniczne stosowane przez znanych Zamawiającemu potencjalnych wykonawców prowadzących działalność w danej branży. Należy również wskazać, iż postawienie przez Zamawiającego wymogu, aby zaproponowana liczba licencji serwerowych była niezbędna dla zapewnienia prawidłowego działania systemu konferencyjnego było wymogiem nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. Wywodzenie oczekiwań co do treści oferty nie wyartykułowanych wprost w treści SIWZ stanowi naruszenie zasady z art. 7 ust.1 Pzp. Tego rodzaju nieprawidłowość w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może pociągać, na etapie oceny ofert, negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

87. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”, a więc opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać Wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 29 ust. 2 p.z.p., z uwagi na niezgodnie z p.z.p. opisanie przedmiotu zamówienia, zachodzi między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

Opierając się na powszechnie uznanym w orzecznictwie rozumieniu tego przepisu, Izba doszła do przekonania, że w przypadku wykazania przez Odwołującego, że brzmienie poszczególnych, kwestionowanych przez Odwołującego, elementów opisu przedmiotu zamówienia mogłoby naruszać zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający ma prawo wykazania, że tak nie jest. Przepis art. 29 ust. 2 p.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 lutego 2003 r., XXIII Ga 2137/12). O ile zatem nie jest konieczne ze strony Odwołującego wykazanie w sposób jed-

noznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję, to jednak wystarczającym jest, iż opis będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić (por. wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 961/10). Przy czym Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszystkie podmioty mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok z dnia 20 marca 2008 r., KIO/UZP 204/08). Dokonując weryfikacji, czy opis przedmiotu zamówienia narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 2 p.z.p., należy każdorazowo zważyć twierdzenia Odwołującego, Zamawiającego i skonfrontować je z treścią SIWZ, dokonując badania wpływu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na uczciwą i równą konkurencję w konkretnym stanie faktycznym.

88. Sygn. akt: KIO 2279/17, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, opisując przedmiot zamówienia czy określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego istotne funkcje publiczne.

89. Sygn. akt: KIO 2478/17, KIO 2480/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

(...) w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe przepisy wskazują podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, które w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mają odniesienie do wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych w procesie przygotowania i prowadzenia postępowania, zaś w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp odnoszą się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, co stanowi dodatkowe podkreślenie ze strony Ustawodawcy znaczenia czynności opisu przedmiotu zamówienia dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Należy przy tym zauważyć, że obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konku-

rencji nie obliguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa liczba wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie – ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.

90. Sygn. akt: KIO 2506/17, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2017 r.

Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Zamawiający musi jednak każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach poszczególnych postanowień, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Równocześnie powinien dbać o racjonalne wydatkowanie środków, a przede wszystkim o zapewnienie należytego wykonania przyszłej umowy.

Argumentacja nakierowana wyłącznie na okoliczność, że wnoszący odwołanie wykonawca nie może wykonać zamówienia, względnie, że wiązałoby to się z dużymi trudnościami, nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Ustalenie bowiem nawet, że tylko ograniczona liczba podmiotów może spełnić wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadość uczynić mu tylko ograniczony krąg wykonawców. W takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom.

Oczekiwania względem przedmiotu zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Fundamentalne zasady rządzące postępowaniem nie mają charakteru absolutnego. W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (tak w wyroku KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17). Właściwym podejściem, zdaniem Izby, jest dopuszczenie stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Art. 30b ust. 4

91. Sygn. akt: KIO 1578/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego postanowieniem § 13 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [Dz. U. poz. 1126 – *przyp. red.*], wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 2–5, może złożyć inne dokumenty doty-

czące odpowiednio zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego, potwierdzające stosowanie przez wykonawcę środków zapewnienia jakości zgodnych z wymaganiami normy zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego równoważnych środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu lub norm zarządzania środowiskowego.

Izba uznała, że w zaistniałych okolicznościach sprawy, przeprowadzone postępowanie dowodowe oraz złożone przez strony i uczestnika postępowania wyjaśnienia do protokołu rozprawy dowiodły, że istnieją przyczyny niezależne od wykonawcy, które powodują, że nie ma on obiektywnej możliwości złożyć dokumentu jakim jest sprawozdanie z badań przeprowadzone przez jednostkę posiadającą akredytację w zakresie zgodności zaoferowanych przepustów typu (...) K400AR-4/J 1250 z normą EN60137 Izolatory przepustowe na napięcie przemienne powyżej 1000V. Dokument ten jest określony w § 13 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), a zatem mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w § 13 ust. 4 tego rozporządzenia. Rozprawa wykazała, że brak możliwości uzyskania badań zgodności przepustów (...) K400AR z normą EN60137, przeprowadzonych przez akredytowaną jednostkę w tym zakresie, wynika z przesłanek obiektywnych, niezależnych od samego wykonawcy.

Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że przepusty zaoferowane przez X nie zostały przebadane przez akredytowaną jednostkę. Odwołujący sam w innych postępowaniach o zamówienie publiczne, nie mogąc uzyskać stosowanych badań przeprowadzonych przez jednostkę akredytowaną na te przepusty, składał badania przeprowadzone przez A. W analizowanym postępowaniu, jak wskazał Odwołujący, z uwagi m.in. na brak możliwości spełnienia wymagania co do przedstawienia badań przeprowadzonych przez akredytowaną jednostkę, Odwołujący zdecydował się zaoferować inny produkt. Okoliczność ta świadczy o tym, że brak możliwości pozyskania badań przeprowadzonych przez akredytowaną jednostkę w tym zakresie, nie może być przypisany wyłącznie wykonawcy X i ma on charakter obiektywny.

Wskazać należy także na podobną regulację, zawartą w art. 30 b ust. 4 Pzp, która została wprowadzona ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. Przepis ten dopuszcza zaakceptowanie przez Zamawiającego odpowiednich środków dowodowych, innych niż sprawozdania z badań czy certyfikatów, określonych w ust. 1 i 3 ego przepisu, wskazując, że może to być „w szczególności” dokumentacja techniczna producenta w przypadku, gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań ani nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny lub warunkach realizacji zamówienia. W ocenie Izby, w tych konkretnych okolicznościach sprawy, zostały spełnione przesłanki do zastosowania przepisu art. 30b ust. 4 Pzp, bowiem wykazano, że dany wykonawca X nie ma dostępu do sprawozdań z badań przeprowadzonych przez akredytowaną w tym zakresie jednostkę i nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, a brak dostępu do tego rodzaju badań nie jest przypisany wyłącznie temu wykonawcy (Odwołujący także nie może i nie mógł uzyskać sprawozdań z badań akredytowanej jednostki dla przepustów (...) 400AR-4). Zadaniem Izby załączone przez X sprawozdanie z badań „protokół badania typu nr TE 213 13 14 z dnia 30.08.2013 r. zgodności izolatorów przepustowych typu M400AR-4 oraz typu M400AR-5 z normą IEC 60137” wystawione przez jednostkę badawczą A, mimo iż jednostka przeprowadzająca badanie nie posiadała w czasie badania akredytacji w tym zakresie, stanowi wystarczający środek dowodowy potwierdzający, że realizowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Art. 36a ust. 2**92. Sygn. akt: KIO 1837/17, Wyrok KIO z dnia 21 września 2017 r.**

Izba wskazuje, że samo uznanie danego elementu zamówienia za element kluczowy nie powoduje samo w sobie ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. To ograniczenie następuje wtedy, gdy zamawiający zastrzega, iż wskazany kluczowy element zamówienia winien być wykonany osobiście przez wykonawcę. Do tej sytuacji odnoszą się poniższe rozważania i ustalenia Izby. Ocena, które części zamówienia będą kluczowymi częściami zamówienia na roboty budowlane lub usługi, należy niewątpliwie do zamawiającego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że takie ustalenie powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu, to postawienie takiego wymagania nie może być prostą reakcją na potrzebę wzmożonej staranności dla prawidłowego wykonania danego zamówienia ze względu na jego strategiczny charakter. Winno opierać się na zindywidualizowanych dla danego postępowania obiektywnych przesłankach wykazujących, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może doprowadzić do jego niewykonania.

Ustawodawca, dając zamawiającemu możliwość ograniczenia udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, nie zawarł niestety w ustawie definicji legalnej pojęcia, kluczowych części zamówienia. Należy zatem przyjąć, że gdy zamawiający będzie chciał skorzystać z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp, będzie musiał samodzielnie wyjaśnić wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co w danym postępowaniu należy rozumieć jako „kluczowe części zamówienia i podać uzasadnienie tej decyzji. Zgodnie z definicją słownikową „kluczowy” to „istotny, podstawowy, główny, najważniejszy”. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie odwołuje się do podziału obowiązków dłużnika na podstawowe i uboczne, a raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy. (...)

Istnieje trudność w zdefiniowaniu „elementu kluczowego zamówienia”, gdyż to określenie jest równoważne szeregu innym, dlatego trudno wskazać inny wyraz jednoznacznie określający, np. mniej lub bardziej istotną część zamówienia. Na marginesie wskazać należy, iż w słowniku synonimów i wyrazów bliskoznacznych dla słowa kluczowy istnieje 105 wyrazów bliskoznacznych, a więc mających takie samo znaczenie co wyraz kluczowy. Dlatego też zdaniem Izby podstawą do możliwości wskazania w SIWZ danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego, który wykonawca winien wykonać osobiście, jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających objęcie tej części zamówienia specjalnym statusem, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie. W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 Izba stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy”. Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie, np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nieposiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić, np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. Jako odmienny przykład można wskazać, np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

Tak więc Izba uznaje, że aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy, ograniczający możliwość posiłkowania się w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego

i zobowiązującego wykonawcę do osobistego jego wykonania, nie jest wystarczające (jak w tym postępowaniu) zaistnienie sytuacji, iż zamówienie ma znaczenie strategiczne. Prawo zamówień publicznych nie różnicuje wymagań stawianym wykonawcom w zależności od charakteru i rangi danego zamówienia. Przyjąć należy, że każde zamówienie finansowane ze środków publicznych winno być wykonane dobrze, a to zależy od wielu okoliczności związanych zarówno z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia, jak i zapewnieniem właściwego i na wysokim poziomie nadzoru inwestorskiego ze strony zamawiającego. Powyższe nie może być zastępowane wygórowanymi warunkami udziału, które doprowadzi do wyeliminowania z postępowania całego szeregu wykonawców mogących również to zamówienie wykonać.

Art. 36aa ust. 1

93. Sygn. akt: KIO 1241/17, KIO 1242/17, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2017 r.

Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności unieumożliwiających mu podzielenie zamówienia na części.

Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.

Nie należy również zapominać, iż decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

94. Sygn. akt: KIO 1771/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.

Zamawiający w protokole, w uzasadnieniu do braku wydzielenia części zamówienia, określił, że konieczne jest przygotowanie wyrobiska do zamontowania urządzeń, którego to projekt ma przygotować dostawca urządzeń. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wymaga, iż prace budowlane muszą być wykonywane pod nadzorem autora projektu i przy jego czynnym udziale. Także prace związane z transportem specjalistycznych urządzeń, w ocenie składu, winien wykonywać dostawca danego urządzenia, on bowiem najlepiej wie jakiego rodzaju problemy mogą zaistnieć w trakcie wykonywania poszczególnych czynności zmierzających do instalacji. Taka konstrukcja zamówienia pozwoli na czasowe zharmonizowanie prac budowlanych i dostawy nowych urządzeń oraz modernizację urządzeń już funkcjonujących. W sytuacji gdy to jeden zespół wykonawcy odpowiada za harmonogram poszczególnych prac do wykonania, ustala kolejność prac, możliwe jest sprawne wykonanie zamówienia bez zagrożenia przerwy lub przestoju w pracy kopalni, która narażałaby Zamawiającego na straty finansowe.

Możliwość dochodzenia roszczeń od jednego podmiotu, o której wspomina protokół, ma znaczenie poboczne z punktu dopuszczalności podziału zamówienia na części i zdaniem Izby jest to tylko argument dodatkowy, przemawiający za niepodzielnością świadczenia. Istotne znaczenie mają względy natury organizacyjnej, które wskazano w uzasadnieniu protokołu.

Wykonawcy mają możliwość stworzenia konsorcjum, swego zespołu wykonawców specjalizujących się w różnych pracach, który ubiegał będzie się o dane zamówienie. Od-

wołujący nie przedstawił argumentacji przeczącej tej tezie, aby utworzenie takiego konsorcjum było niemożliwe. Trudności organizacyjne w znalezieniu partnera czy też solidarna odpowiedzialność za wykonanie zamówienia nie jest potwierdzeniem zasadności zarzutów odwołania. Odwołujący szeroko rozpisywał się w odwołaniu o konieczności dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do rynku zamówień publicznych i tworzenie im możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne. Tymczasem konsorcjum składające się z kilku małych lub średnich przedsiębiorców jest właśnie odpowiedzią na takie zapotrzebowanie. W ten sposób rynek zamówień publicznych tworzyła będzie większa liczba takich przedsiębiorców.

Preambuła obowiązującej dyrektywy klasycznej w motywie 78 dopuszcza ograniczenie podzielenia zamówienia na części, jeżeli uzasadnione to jest albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzebą skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Prawidłowość postępowania Zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na części, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie, działania Zamawiającego nie można było uznać za niezgodne z przepisami, ponieważ wskazał on przyczyny zaniechania podziału, związane zarówno z kosztami wykonania zamówienia oraz koniecznością skoordynowania prac, jak i koniecznością nieprzerwanej pracy zakładu górniczego.

95. Sygn. akt: KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2017 r.

Nie tylko literalne brzmienie pierwszego z powyżej przywołanych przepisów wskazuje, że podział zamówienia na części jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem instytucji zamawiającej. Jednym z celów uchwalenia ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która wprowadziła art. 36aa, było wdrożenie do polskiego systemu zamówień publicznych norm dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U.UE.L.2014.94.65) dalej: „dyrektywa 2014/24/UE) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2017/17/WE (Dz. U.UE.L.2014.94.243) dalej: „dyrektywa 2014/25/UE”). W motywie 78 do dyrektywy 2014/24/UE prawodawca europejski wskazał, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP, w tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Jednocześnie państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwiania MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. Z kolei jak można przeczytać w uzasadnieniu projektu wspomnianej nowelizacji ustawy pzp: „mimo iż nowa dyrektywa klasyczna i sektorowa upoważniają państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia na części, projekt przewiduje swobodę wyboru dla zamawiającego w tym zakresie”. Nie powinno być zatem wątpliwości, że ustawodawca krajowy świadomie podjął decyzję, że nie skorzysta z wynikającego z art. 46 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE upoważnienia do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia w celu wsparcia MŚP.

96. Sygn. akt: KIO 2366/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.

W zakresie dotyczącym podziału zamówienia na części, przepisy ustawy Pzp w stosunku do poprzedniego stanu prawnego uległy zmianie, poprzez dodanie nowej jednostki redakcyjnej, tj. art. 36aa Pzp. Ustawodawca wskazał w ust. 1, że „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”.

W kolejnych ustępach nastąpiło rozwińnięcie zakresu uprawnień przyznanych zamawiającemu w zakresie określenia liczby części na jakie można złożyć ofertę, maksymalnej liczby części zamówienia, na które może być udzielone jednemu wykonawcy zamówienia, w tym określenia zasad lub kryteriów wyboru części, w których udzieli temu wykonawcy zamówienia. Uzupełnieniem tej regulacji jest przepis art. 96 ust. 1 Pzp, który zawiera wyliczenie informacji, jakie zamawiający jest zobowiązany zawrzeć w protokole postępowania, w tym „powody niedokonania podziału zamówienia na części” (pkt 11).

Przepisy dyrektywy klasycznej również wprost nie określają podziału zamówienia na części, jako obowiązku lub uprawnienia, jakie należałoby wprowadzić w celu osiągnięcia jej celów, tu zwiększenia udziału w zamówieniach sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MPŚ) oraz zwiększenia konkurencji. W art. 46 określa się jedynie obowiązek wskazania przez instytucję zamawiającą najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które należy zamieścić w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy. Należy tu mieć na uwadze także motyw preambuły, w tym motyw 78, zawierający wytyczną, aby „instytucje zamawiające w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak aby wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu”. Dalej wskazuje się, iż „wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określane przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegającą nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku, gdy instytucja zamawiająca decyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej”.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp., wdrażających przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., kwestia podziału zamówienia na części wymaga od zamawiającego dokonania indywidualnej analizy potrzeb i celowości podziału zamówienia, które nie powinno odbywać się kosztem efektów, jakie może zapewnić udzielenie zamówienia w całości jednemu wykonawcy. Literalne brzmienie znowelizowanego przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp nakazujące zamawiającemu podanie powodów niedokonania podziału zamówienia na części wskazuje, że niedokonanie takiej czynności jest odstępstwem od reguły i wymaga uzasadnienia przez zamawiającego. Zamawiający, w przypadku, gdy istnieje możliwość podziału zamówienia na części, powinien dokonać takiego podziału w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek zatem każdorazowo dokonać stosownej analizy przedmiotu zamówienia pod kątem możliwości podziału zamówienia na części, i w przypadku podjęcia decyzji negatywnej – podać w protokole postępowania stosowne uzasadnienie.

Powyższy pogląd potwierdza również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące podziału zamówienia na części. UZP zaznacza, iż przepis art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m.in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. UZP podkreślił, iż aby uniknąć naruszenia uczciwej konkurencji, należy badać „czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom”. Taki pogląd reprezentowany jest również w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Art. 36b

97. Sygn. akt: KIO 1756/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.

Nie ulega więc wątpliwości, że mimo wskazania konkretnego podwykonawcy w ofercie, może dojść do zmiany tego podmiotu. Skoro więc ustawodawca dopuszcza możliwość zmiany podmiotu wskazanego w ofercie jako podwykonawca, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (podanie ich firm) nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Należy więc stwierdzić, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą – w świetle znowelizowanych przepisów – stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów m.in. art. 87 oraz 89 ustawy Pzp.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców posługuje się pojęciem zamiaru, co pozwala twierdzić, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu w dacie składania oferty znane.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także, aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Jakkolwiek niniejsze postępowanie, ze względu na wartość nieprzekraczającą tzw. progów unijnych, nie podlega przepisom przywołanej dyrektywy, to należy zwrócić uwagę, że przepisy krajowe w tym zakresie nie są zróżnicowane w zależności od wartości zamówienia i znajdują zastosowanie również do postępowań o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zatem ich wykładnia powinna być dokonywana przez pryzmat przepisów wspólnotowych. Wykładnia taka prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że zamiar, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Należy również zwrócić uwagę na treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje, czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, jeśli tak – to podaje wykaz proponowanych podwykonawców, jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie dokument ten dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Nieuprawnionym byłoby natomiast traktowanie w inny sposób wykonawców, którzy takich informacji nie podali w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykonawców, którzy składając JEDZ podaliby jedynie

firmy podwykonawców, które są im znane, z pominięciem firm podwykonawców, co do których nie mieliby pewności, czy będą brali udział w realizacji zamówienia.

98. Sygn. akt: KIO 2320/17, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2017 r.

Art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego i zawiera dwa elementy żądania, tj. wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców oraz wskazuje na zamiar powierzenia części zamówienia. W ocenie Izby zamiar powierzenia określonych części zamówienia podwykonawcom, nie oznacza konieczności wskazania firm podwykonawców na etapie składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie polega na zasobach tych podmiotów. Wskazuje na to także ust. 1a tego przepisu, z którego wynika, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, a także ust. 1b, ust. 2 ustawy Pzp, stosownie do których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia, może być różny. Powyższe uregulowania znalazły swoje odzwierciedlenie w art. 2 § 2 SIWZ, który zawiera również postanowienia regulujące zawieranie umów z podwykonawcami.

Ponadto na taką interpretację wskazują przepisy pozwalające na powierzenie wykonania części zamówienia w trakcie realizacji zamówienia (art. 36b ustawy Pzp i art. 2 § 2 pkt 5.7 SIWZ). Powyższe potwierdza także stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, z którego wynika, iż w art. 5 § 1 punkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Jeżeli w Oświadczeniu (Załącznik nr 4 do SIWZ) Wykonawca wskaże Podwykonawców wówczas w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia, każdy z podwykonawców składa także oddzielne Oświadczenie (Załącznik nr 4 do SIWZ). Skoro zatem Odwołujący w ofercie nie wskazał podwykonawców, to nie jest obowiązany do złożenia oświadczenia.

W ocenie Izby nie ma uzasadnienia dla bardziej rygorystycznego traktowania wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, niż tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi.

W związku z tym sytuacja, gdy wykonawca, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a na etapie oferty składa oświadczenie jedynie co do zamiaru powierzenia wykonania określonych części zamówienia podwykonawcom, a nie podaje ich firm, jakkolwiek jest jedynie częściowym wykonaniem żądania Zamawiającego, to jednak, nie oznacza niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Izby obowiązek określony w art. 36b ust. 1 Pzp, z uwagi na to, iż przepis wskazuje jedynie na zamiar, a nie stanowcze oświadczenie o powierzeniu konkretnym podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia, jest bowiem obowiązkiem o niewiążącym charakterze informacyjnym. W związku z tym brak informacji w ofercie dotyczącej firm podwykonawców nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty z określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Inne podejście oznaczałoby, w ocenie Izby, zbędny formalizm. Izba podziela w tym zakresie utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje, że nie można mówić w takim przypadku o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji brak jest podstawy do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok z 13 lutego 2017 r. (KIO 192/17, (...)), wyrok z 22 lutego 2017 r. (KIO 234/17, (...)).

99. Sygn. akt: KIO 2543/17, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Ponadto art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje *stricto* żądania podania „wszystkich firm podwykonawców”, a jedynie pewnego projektu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej słuszne z uwagi na kształt i treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dopuszczającego sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Także sam fakt, że nie wskazano firm podwykonawców nie oznacza, że zaoferowano rażąco niską cenę.

Art. 38**100. Sygn. akt: KIO 2185/17, Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r.**

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wymagań Zamawiającego, należy wskazać, iż kwestionowanie zapisów siwz już po złożeniu oferty czy to w ramach wyjaśnień składanych Zamawiającemu, czy też w odwołaniu, nie może być skuteczne. Treść siwz pozostaje bowiem wiążąca, a jedyną możliwością na obecnym etapie postępowania jest próba wykładni zapisów siwz w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści siwz należy wyklądać na korzyść wykonawcy, z czym należy się zgodzić, gdyż wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nowym znaczeniem zapisów siwz już na etapie oceny ofert. Celem jasnego określenia przedmiotu zamówienia, do którego realizacji służy również instytucja wyjaśnienia treści siwz i jej modyfikacji jest, aby wykonawcy składając oferty mieli pewność co do zakresu obowiązków, jakie na siebie przyjmują, a także możliwość skutecznego zweryfikowania dalszych decyzji zamawiającego. Powyższe stanowi niewątpliwie istotny mechanizm gwarantujący zachowanie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Aby móc stwierdzić, że zasady te nie są naruszone, należy ocenić, czy zamawiający podejmując kolejne czynności w postępowaniu, kierował się opisanymi w siwz wytycznymi. (...)

Argumentacja Odwołującego była wadliwa również z tej przyczyny, że w siwz Zamawiający nie zadeklarował wykonania czy też wsparcia wykonawcy w wykonaniu części prac, a zatem przyjmowanie na obecnym etapie postępowania, że Zamawiający przyjął na siebie wykonanie reinstalacji i uruchomienia oprogramowania medycznego (...) nie mogło być uznane za prawidłowe. Ewentualne wątpliwości Wykonawcy powinien był wyjaśnić przed złożeniem oferty, a brak takiej inicjatywy nie może obecnie stanowić linii obrony przed konsekwencją dowolnej interpretacji zapisów siwz. Wprawdzie to na Zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego przygotowania postępowania, to nie można tracić z oczu roli narzędzi, jakie zostały przewidziane w Ustawie, w celu zapewnienia przestrzegania zasad postępowania prowadzonego w trybie zamówienia publicznego. Nie można akceptować takiej sytuacji, w której Zamawiający działa w przekonaniu, iż jego zapisy są czytelne, aby następnie dopuścić do oceny dokonanych czynności w kontekście treści siwz nadanej subiektywną wykładnią przygotowaną na potrzeby konkretnego wykonawcy już po upływie terminu na pytania do treści siwz lub żądania jej modyfikacji.

Art. 43 ust. 2b pkt 2**101. Sygn. akt: KIO 2366/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.**

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wyznaczył w przedmiotowym postępowaniu 16-dniowy termin składania ofert. Termin ten został wyznaczony na dzień 13 listopada 2017 r. Następnie termin składania ofert został przedłużony w związku ze zmianami w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia do dnia 16 listopada 2017 r. oraz ostatecznie do dnia 21 listopada 2017 r.

Powołując się na przepis art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp, Zamawiający podał, że „Realizacja postępowań przetargowych, na które środki zabezpieczone pochodzą z przyznanej rezerwy celowej na zakup szczepionek do obowiązkowych szczepień ochronnych wymaga podjęcia działań w trybie bardzo pilnym”.

W okolicznościach tej sprawy wystąpiły przesłanki uzasadniające zastosowanie art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp, wynikające z braku możliwości dotrzymania terminu podstawowego ze względu na pilną konieczność udzielenia zamówienia. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, należy wskazać, że przepis ten nie wymaga wykazania przez Zamawiającego, że Zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności powodujących ww. pilną konieczność. Powyższa interpretacja jest w pełni zgodna z brzmieniem dyrektywy 2014/24/WE (motyw 46, art. 27 ust. 3 ww. dyrektywy).

Fakt, że Zamawiający mógł przewidywać konieczność przeprowadzenia postępowania nie stanowi zatem negatywnej przesłanki skorzystania przez Zamawiającego z instytucji określonej w art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp, co do możliwości skrócenia terminu składania ofert w odniesieniu do terminu podstawowego (40 dni). Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w dniu 31 października 2017 r., tj. niezwłocznie po otrzymaniu zapewnienia środków finansowych pochodzących z rezerwy celowej na jego sfinansowanie, decyzją Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 października 2017 r. w sprawie zmian w budżecie państwa na rok 2017. Zwiększenie limitu wydatków budżetu państwa na zakup szczepionki przeciwko pneumokokom do realizacji szczepień w 2018 r. zagwarantowała ustawa z dnia 15 września 2017 r. o szczególnych rozwiązaniach zapewniających poprawę jakości i dostępności do świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. poz. 1774). Jednocześnie, jak wykazał Zamawiający, obowiązek udzielenia zamówienia wynika jednoznacznie z obowiązujących przepisów prawa.

102. Sygn. akt: KIO 2378/17, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 43 ust. 2 i 2b pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne skrócenie terminu składania ofert, pomimo braku zaistnienia ustawowych przesłanek skrócenia terminu oraz wyznaczenie niezgodnego z prawem zbyt krótkiego terminu składania ofert Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że art. 43 ust. 2b pkt 2 nie wskazuje na możliwość zastosowania przesłanki w postaci pilnej potrzeby udzielenia zamówienia jedynie w przypadku braku zawinienia Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przy ocenie możliwości jej zastosowania należy brać pod uwagę obiektywne zaistnienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, która, w ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie zaistniała. Okoliczność, iż rozpoczął się okres zimowego utrzymania dróg, a także to, że uchybienia w wykonywaniu tego typu usługi mogą mieć realny wpływ na bezpieczeństwo w ruchu drogowym i zachowanie ciągów komunikacyjnych, uzasadniają zastosowanie przedmiotowej przesłanki i skrócenie terminu składania ofert. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że terminy kwestionowane przez Odwołującego zostały przedłużone w dniu 17 listopada 2017 r. modyfikacją treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu do dnia 24 listopada 2017 r.

Art. 51 ust. 1a**103. Sygn. akt: KIO 1290/17, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2017 r.**

(...) niewykonanie w tej sprawie obowiązku z art. 51 ust.1a ustawy Pzp ograniczyło wykonawcę w możliwości faktycznego sprecyzowania i podniesienia zarzutów, co do podstaw jego wykluczenia, a to z kolei nie dało mu możliwości realnego zakwestionowania w odwołaniu stanowiska Zamawiającego w przedmiocie podstaw wykluczenia wykonawcy i przedstawienia na rozprawie wszelkich, jak należy sądzić, dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Izba podkreśla, że podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny wniosków, co do podstaw wykluczenia i przyznanej liczby punktów, stanowi dopiero prawidłową realizację obowiązku zamawiającego wynikającego z przepisu art. 51 ust. 1a Pzp. Zamawiający powinien w takim powiadomieniu wskazać co najmniej informację o przyczynach, dla których – tak jak w stanie faktycznym sprawy – dana usługa została uznana za niespełniającą ustalonych wymagań. Izba stwierdza również, że w takim zawiadomieniu informacja na temat punktacji i jej wyniku, będąca wynikiem dokonanej oceny wniosków, powinna być skierowana do wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski – także do wykluczonego – tak, aby każdy z nich dysponował taką samą wiedzą, celem ewentualnego rozważenia decyzji o skorzystaniu ze środków odwoławczych. (...)

Wskazywany w niniejszej sprawie art. 51 ust.1a Pzp, stanowiący – podobnie jak art. 92 ust. 1 ustawy – realizację kluczowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, w tym przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, co zabezpiecza wykonawcy prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z postępowania. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż taka informacja pozwala wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego, co do przyczyn wykluczenia wykonawcy. Także Izba – jak wskazuje się w orzecznictwie – przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji dokonuje – w pierwszej kolejności – oceny prawidłowości czynności wykluczenia wykonawcy, oczywiście w ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji. Nie mogą natomiast – co także podkreśla się w orzecznictwie – wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy – zasadniczo – okoliczności, które Zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca nie może bowiem – jak już wskazywano – domyślać się, przykładowo: faktycznych i prawnych przesłanek wykluczenia go z postępowania. Prowadziłoby to do uniemożliwienia wykonawcy podjęcia obrony na drodze postępowania odwoławczego.

Art. 84 ust. 2**104. Sygn. akt: KIO 2418/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.**

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający precyzyjnie określił miejsce składania ofert. Podał nazwę firmy wyznaczonej na pełnomocnika prowadzącego postępowanie. Określił adres tej firmy, podając ulicę i numery telefonów oraz wskazując osoby do kontaktu po stronie Zamawiającego. Adres odnoszący się do ulicy został jednolicie określony w całym dokumencie SIWZ oraz ogłoszeniu. Jednocześnie zaznaczono, że miejscem złożenia ofert jest sekretariat firmy. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że miejsce składania ofert zostało określone nieprecyzyjnie. Niewątpliwie siedziba firmy pełnomocnika Zamawiających znajduje się na terenie większego kompleksu, gdzie mają siedziby także inne spółki z grupy,

funkcjonujące również pod tożsamym jak X1 adresem przy (...). To jednak nie świadczy o wprowadzaniu wykonawców w błąd i nie może tłumaczyć działań Odwołującego, który złożył pierwotnie ofertę w sekretariacie firmy X2 (...).

Nie można zapominać, że złożenie oferty w ramach prowadzonych postępowań na podstawie ustawy Pzp należy do obrotu profesjonalnego. Dlatego też od podmiotów biorących udział w takich postępowaniach wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności. Z tych względów należyta staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 § 1 K.c. określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W interesie Odwołującego leżało, aby złożyć ofertę w takim czasie i miejscu, który nie budziłby żadnych wątpliwości. Odwołujący, decydując się na złożenie oferty tuż przed upływem terminu, bez upewnienia się, że czyni to we właściwym miejscu, winien liczyć się z ryzykiem, że nie zdoła tego skutecznie uczynić. Z tych względów Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego została złożona po wyznaczonym na tę czynność terminie.

Art. 86 ust. 4

105. Sygn. akt: KIO 2418/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.

Nie mogło zostać uznane żądanie Odwołującego o otwarcie jego oferty i uznanie jej za ofertę złożoną w terminie. Po pierwsze, czynność otwarcia ofert jest niepowtarzalna. Jest to czynność jednorazowa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 grudnia 2016 r., KIO 2303/16 „Izba nie nakazała jednak dokonania czynności zaniechanej, uznając, że czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, faktyczną, której powtórzenie nie jest możliwe w innym dniu niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ”). Jednocześnie wskazuje się też, że brak jest przepisu nakazującego otwarcie oferty złożonej po terminie (tak wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., KIO 894/16). Otwarcie ofert ma istotne znaczenie z punktu prawidłowości prowadzonego postępowania. Sama sesja otwarcia ma jawny charakter. Wykonawcom pozwala ona na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi będą konkurować o udzielenie zamówienia, oraz wskazuje na potencjalne szanse uzyskania zamówienia, a Zamawiającemu umożliwia weryfikację oszacowanego wcześniej poziomu przewidywanych wydatków na dane zamówienie publiczne. Nie jest zatem możliwe powtórzenie tej czynności czy też otwarcie złożonej oferty po wyznaczonym terminie i zakończeniu jawnej części prac komisji przetargowej. Gdyby uznać, że nastąpiło złożenie oferty w terminie, a taka oferta nie została by w wyznaczonym terminie otwarta, postępowanie podległoby unieważnieniu. W przypadku rozpoznawanego przez Izbę odwołania uznać należało jednak, że oferta Odwołującego została złożona z przekroczeniem wyznaczonego w SIWZ terminu i nie zachodzi potrzeba jej otwarcia z uwagi na możliwość identyfikacji podmiotu, który ją złożył. Sama zaś oferta może być zwrócona po upływie terminu do wniesienia odwołania (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp). Skoro Zamawiający postąpił prawidłowo z ofertą Odwołującego, Izba nie dopatrzyła się także przesłanek warunkujących konieczność unieważnienia postępowania.

Art. 86 ust. 5

106. Sygn. akt: KIO 2047/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.

Odwołujący niewątpliwie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może to zamówienie uzyskać, a jego status w tym postępowaniu jako wykonawcy nie został podważony przez czynność wykluczenia czy odrzucenia jego oferty, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Izba jednak analizując ustalony stan faktyczny i prawny, doszła do przekonania, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał możliwości poniesienia szkody w związku z naruszeniem przez

zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 5, art. 91 ust. 1 i 2d ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego, że art. 86 ust. 5 ustawy ma pełnić funkcję informacyjną, ale przede wszystkim gwarancyjną, jednak ta funkcja nie jest funkcją gwarancyjną w takim rozumieniu, że informacja zawarta w informacji o otwarciu ofert daje wykonawcy podstawę do wysuwania roszczeń wynikających z tej informacji co do sposobu oceny ofert w przyjętych kryteriach oceny. Funkcja gwarancyjna ma natomiast zapewniać, że zamawiający nie będzie na późniejszym etapie zmieniał informacji, które ustawodawca uznał za istotne dla przebiegu postępowania, prowadząc w konsekwencji do zmiany treści oferty. Rację należy przyznać zamawiającemu, że wykonawca może skutecznie domagać się od zamawiającego podania jedynie tych informacji, które zamawiający ma obowiązek podać zgodnie z przepisami ustawy. Katalog informacji z artykułu 86 ust. 5 ustawy ma charakter zamknięty, nie jest to wyliczenie jedynie przykładowe. W katalogu tym nie mieści się informacja o elementach oferty podanych w ofertach, a dotyczących innych kryteriów oceny ofert niż cena, termin wykonania, okres gwarancji i warunki płatności. Ustawodawca nie zawarł w art. 86 ust. 5 odesłania do art. 91 ust. 2 ustawy, stąd inne niż wymienione w art. 86 ust. 5 ustawy informacje nie są informacjami podanymi zgodnie z przepisami ustawy. Formulowane zatem w tym zakresie zarzuty są w rzeczywistości postulatami *de lege ferenda* do ustawodawcy, o zobligowanie zamawiających do podawania podczas otwarcia ofert informacji z ofert dotyczących wszystkich zastosowanych przez zamawiającego kryteriów. Skoro zatem wykonawca nie może domagać się podania informacji o kryteriach pozacenowych innych niż wymienione w art. 86 ust. 5 pkt 3, to tym bardziej nie może ponieść szkody z powodu niepodania tych informacji lub podania ich w sposób wadliwy. Izba zwraca uwagę także na to, że z art. 86 ust. 5 ustawy nie wynika, że zamawiający informacjami podanymi w informacji o otwarciu ofert jest związany i zobowiązany jest stosować je przy ocenie ofert. Zdaniem Izby przy ocenie ofert, która w niniejszym postępowaniu na datę wyrokowania nie miała jeszcze miejsca, zamawiający jest związany przepisami art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 2, a przede wszystkim art. 91 ust. 1 ustawy, tym samym zamawiający nawet jeśli popełnił błąd w ocenie informacji, które nadmiarowo podał w informacji z otwarcia ofert, to błąd ten nie ma znaczenia dla oceny zgodności ustawy czynności lub zaniechań zamawiającego w toku oceny ofert. Informacją, która może wywoływać szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, jest zatem nie informacja o otwarciu ofert, ale informacja o wyniku postępowania, gdyż to ona wieńczy proces badania i oceny ofert i ona podlega badaniu zgodności czynności oceny ofert dokonanej przez zamawiającego przez pryzmat tak art. 91 ust. 1, jak i art. 91 ust. 2d ustawy. W ocenie Izby sama informacja z otwarcia ofert w zakresie danych podanych ponad wymogi ustawowe nie wpływa, ani nie przesądza o przyszłym sposobie dokonania oceny przez zamawiającego oferty odwołującego, jak również nie pozbawia wykonawcy możliwości wniesienia odwołania na czynność oceny ofert ujawnioną zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy w informacji o wyniku postępowania. Na obecnym etapie Izba nie jest władna ocenić, jaka będzie przyszła czynność zamawiającego ani przesądzić o jej zgodności z przepisami ustawy czy poczynionych zaniechaniach.

Art. 87 ust. 1

107. Sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r.

Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy zarówno co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwar-

ciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Wyjaśnienia treści oferty mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ.

108. Sygn. akt: KIO 1948/17, Wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które wskazują nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty – w tym wypadku informacje o tym, że wykonawca X oferuje urządzenia własne wykonane na bazie urządzeń innych producentów i z wykorzystaniem stosowanych przez nich symboli – prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji prowadzi do zmiany treści oferty. W dodatku ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę, która jest istotna. Przyjęcie takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne, nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z siwz, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z siwz niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z siwz, podaje nowe okoliczności uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z siwz.

109. Sygn. akt: KIO 2082/17, Wyrok KIO z dnia 20 października 2017 r.

Podkreślenia wymaga również, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje tak, aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy zarówno co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu.

tu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.).

Reasumując, treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu. Dlatego też oświadczenie Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 25 września 2017 r., zgodnie z którym została „doprecyzowana strona 3/7 załącznika nr 3 do formularza ofertowego” jako złożone po terminie składania ofert nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymogami SIWZ. Nawet w sytuacji wskazania przez Odwołującego, iż powyższe „stanowi integralną część złożonej oferty przetargowej”.

Ewentualnemu sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W rozpoznawanym zaś przypadku – niezgodność treści oferty polegała na braku skonkretyzowania oferowanego wyrobu, aby pozostawał on spójny z przedstawionymi parametrami. Z treści oferty nie wynikało, jaki konkretny model z linii. (...) Odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu w każdym z pięciu typów.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić wyjaśnienia ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – ma wyłącznie na celu potwierdzenie przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie odwołującego w zakresie modeli kotłów w ogólności nie zostało w ofercie podane (specyfikowane), zatem nie mogłoby być przedmiotem konkretnych wymagań na etapie zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy swobodę dostarczenia dowolnego modelu kotła.

110. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązkowi, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do

złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert, wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1), wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia po to, by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

111. Sygn. akt: KIO 2602/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.

Odwołujący poprzestał na złożeniu oświadczenia oraz lakonicznych wyjaśnieniach, należy zatem stwierdzić, że Zamawiający zasadnie uznał, iż Odwołujący nie wyjaśnił oferty w sposób, który pozwoliłby na uznanie zgodności jej treści z SIWZ. Przyjętym w orzecznictwie Izby stanowiskiem jest, że jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to nie jest zasadnym „dopytywanie” wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 3.11.2016 r., KIO 2006/16, wyrok z dnia 27.05.2014 r., KIO 936/14). Ponadto umożliwienie wykonawcy, który nie uczynił zadość wezwaniu do złożenia wyjaśnień, złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie mogłoby stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Należy dodać, iż sama okoliczność wskazania w CEIDG miejsca działalności nie przesądza, iż w każdym z tych miejsc przedsiębiorca świadczy usługi wymagane przez Zamawiającego, w określony w SIWZ sposób. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu na Odwołującym ciążył obowiązek wyjaśnienia podstawowej kwestii związanej z przedmiotem zamówienia – czy realnie gwarantuje realizację bonów w minimum dwóch punktach składu opału na terenie G. Odwołujący zobligowany był do udzielenie jasnej, precyzyjnej i jednoznacznej informacji w tym zakresie, czego nie uczynił, wobec czego Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

112. Sygn. akt: KIO 1443/17, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r.

Izba wzięła też pod uwagę, że z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje usuwać niezgodności oferty, czego w tym przypadku jednoznacznie ustalić się nie da, i jednocześnie te niezgodności muszą być usuwalne w taki sposób, że nie powodują istotnej zmiany treści oferty. W ocenie Izby ta przesłanka nie została spełniona, gdyż wprowadzenie jakiejś wartości w formularzu ofertowym w części dotyczącej terminu wykonania może powodować, że oferta będzie zgodna z siwz i otrzyma maksymalną liczbę punktów, będzie zgodna i otrzyma mniejszą od maksymalnej lub minimalną liczbę punktów, albo będzie niezgodna z treścią siwz. Tym samym w ocenie Izby wprowadzenie w formularzu ofertowym przez zamawiającego jakiegóż liczby w miejscu braku, przy jednoczesnej niemożliwości ustalenia rzeczywistej woli wykonawcy, po pierwsze kreowałoby oświadczenie woli za wykonawcę – czego zamawiający w siwz nie przewidział, a z drugiej mogło prowadzić do niezgodności oferty z siwz lub jej zgodności, ale z różnym wpływem na pozycję oferty na liście rankingowej. W ocenie Izby

zatem poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Tym samym ustalony stan faktyczny nie nadawał się do subsumpcji pod normę art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

113. Sygn. akt: KIO 1411/17, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r.

Podstawowe znaczenie ma fakt, że Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, w jaki sposób poprawić omyłkę, co wyklucza możliwość, aby te omyłkę uznać za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano wyżej, istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie za treść wpisaną błędnie, możliwe jest bez konieczności występowania o informacje w tym zakresie do wykonawcy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający musiałby wystąpić do Odwołującego o przekazanie informacji, w jaki sposób dokonać poprawienia omyłki. Odwołujący mógłby zaś wybrać (a ma to miejsce już po etapie składania ofert), czy chce, aby zaoferowana przez niego cena była niższa, czy też wyższa.

114. Sygn. akt: KIO 1521/17, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2017 r.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosił, że błąd w zakresie wartości, odnoszącej się do dokumentacji projektowej, nie stanowi oczywistej omyłki, która w prosty sposób może być wychwycona i samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający twierdził, że nie posiadał wystarczających informacji w tym zakresie i aby dokonać odpowiednich poprawek musiałby się zwrócić do Odwołującego o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wyjaśnienia uzyskane od wykonawcy, w których wskazuje on nową kwotę dla poz. 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej, należy uznać za niedozwoloną modyfikację oświadczenia woli jakim jest niewątpliwie treść oferty.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający powinien był poprawić jego ofertę w ten sposób, że w pkt 1 ww. Tabeli powinien wskazać sztywną kwotę, stanowiącą 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych, ponieważ jest to kwota najbardziej zbliżona do kwoty podanej w ofercie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego w takim przypadku to Odwołujący decydowałby ostatecznie, czy zaakceptuje sposób poprawy przedstawiony przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że przedstawiony sposób rozumowania jest błędny, ponieważ wartość elementu z pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej nie jest wartością sztywną, a może mieścić się przedziale do 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. W omawianym przypadku Zamawiający bez wątplenia nie posiada wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny elementu z pkt 1 ww. Tabeli. Wiedzę w tym zakresie mógłby uzyskać dopiero z wyjaśnień pozyskanych od Odwołującego, co niewątpliwie kwalifikowało zachowanie Zamawiającego jako prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w zakresie złożonej oferty i wiązałoby się ze złamaniem zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 Pzp.

115. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r.

Wada oferty odwołującego polegająca na wskazaniu dwóch okresów gwarancji nie może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ma bowiem charakter istotny, gdyż dotyczy kryterium oceny ofert oraz wywiera wpływ na kolejność oferty odwołującego w ramach oceny ofert. Uznanie, że odwołujący zaoferował okres gwarancji o długości 36 miesięcy, da uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, podczas gdy przyjęcie, że okres ten wynosi 24 miesiące, przyniosłoby wybór oferty przystępującego.

Zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a przede wszystkim zasada przejrzystości wymagają, by istniał jeden sposób poprawy oferty możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego. Tymczasem w okolicznościach sporu sam odwołujący oświadczył, że możliwości poprawienia jest kilka.

116. Sygn. akt: KIO 1571/17, KIO 1615/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Wobec powyższego, aby można było dokonać poprawy niniejszej omyłki – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – muszą zostać spełnione następujące przesłanki. Przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie, jak takiej poprawy dokonać. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym przesłanki wyżej wymienione nie zostały spełnione, zatem Zamawiający nie był zobowiązany do dokonania poprawy, a w konsekwencji zasadnie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca X Polska Sp. z o.o. z siedzibą w P. w kolumnie 4 w pkt 5.2.1.12 Załącznika 2 wpisał „nie dotyczy dla generacji III”, nie podając – wymaganej Zamawiającego – konkretnej wartości parametrów. Dopiero wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień stwierdził, że jest to omyłka pisarska i podał wymagane wartości – wartość dystorsji 1% lub mniej, dla dystorsji trapezoidalnej mniej niż 1%. Zgodzić należało się z Przystępującym Y, że omyłka ta nie posiada znamion oczywistości. Jak zauważył Przystępujący Y dystorsja jest wadą układów optycznych, polegająca na różnym powiększeniu obrazu w zależności od jego odległości od osi optycznej instrumentu. Wada ta zatem powoduje wrażenie odchylenia od linii, szczególnie na obrzeżach pola widzenia. Linie proste zarówno poziome, jak i pionowe wydają się obserwatorowi zakrzywione. Wobec tego gogle zaferowane przez wykonawcę X Sp. z o.o. z siedzibą w P. mogły być zatem wolne od tej wady – na co wskazywał brak podania wartości parametrów dystorsji. Zamawiający dopiero w wyniku złożonych wyjaśnień przez wykonawcę otrzymał informację, że oferowany układ ma jednak tę wadę i podał wartość dystorsji. Zgodzić należało się, że – biorąc pod uwagę stanowisko Odwoływającego X prezentowane na rozprawie i we wniesionym odwołaniu – wadliwość oferty wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w P. była wynikiem zamierzonego działania. Niewątpliwie wpisanie parametru dystorsji ogólnej dla całego układu (całego kompletu gogli) było oczywiste. Ponadto – co jest również oczywiste – Zamawiający nie był w stanie samodzielnie wywieść – podanych wyjaśnieniami parametrów z treści oferty właściwego oświadczenia woli wykonawcy. Deklaracja co dystorsji – podanie konkretnych parametrów – nie wynikała z innej części oferty wykonawcy, zatem Zamawiający nie miał żadnych podstaw poprawienia – złożonego oświadczenia woli wykonawcy – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Analogicznie Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do poprawienia nieścisłości oferty wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w P. wynikającej z kolumny 4 pkt 5.3.1.5 Załącznika 2 do SIWZ – co do wymaganej wartości parametru FOM. Odwoływający X w ofercie podał wartość „1800 FOM, jeżeli licencja na to pozwoli”, również nie podając w tym przypadku żadnej wartości. Dopiero wezwany przez Zamawiającego zadeklarował wartość minimum 1600 FOM. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał wpisania do kolumny 4 rzeczywistej, oferowanej wartości – czego wykonawca nie uczynił. Dopiero udzielając wyjaśnień Odwoływający X zadeklarował wartość minimum FOM 1600. W tym przypadku również Zamawiający – nawet po wyjaśnieniach wykonawcy – nie był w stanie wpisać poprawnej, konkretnej i rzeczywistej oferowanej wartości parametru FOM. W konsekwencji skoro – jak wyjaśniono na rozprawie – wartość parametru FOM jest iloczynem rozdzielczości centralnej oraz SNR – to iloczyn, wobec podanych przez wykonawcę X Sp. z o.o. z siedzibą w P. parametrów w ofercie (m.in. SNR 22) wynosił 1408. Zamawiający zatem nie był w stanie samodzielnie dokonać poprawy omyłki. Zgodzić należało się z Przystępującym Y, że doprowadzenie treści oferty do zgodności

z wymaganiami mogło nastąpić na trzy sposoby, tj. poprzez zmianę parametru SNR, zmianę parametru rozdzielczości centralnej lub zmianę obu parametrów. Zamawiający nie mógł zatem samodzielnie zdecydować, który sposób jest prawidłowy, gdyż zmiany te w sposób istotny ingerowałyby w treść złożonej oferty, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle przywołanych przepisów ustawy Pzp. Prowadziłoby to do sytuacji, w której w zależności od tego, który parametr zostanie zmieniony, zostanie dostarczony sprzęt o innych właściwościach technicznych. (...)

Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE – posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać – co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE – że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C-387/14 *Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu*). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*) Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

117. Sygn. akt: KIO 1998/17, Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawiania samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (sygn. akt KIO 1127/10 oraz KIO 2540/10).

118. Sygn. akt: KIO 2062/17, Wyrok KIO z dnia 18 października 2017 r.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest zatem bezsporne, że chociaż przepis dopuszcza ingerencję w treść oświadczenia woli składanego przez Wykonawcę, to ingerencja ta nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. O istotności zmiany każdorazowo decydują natomiast okoliczności konkretnej sprawy. Należy rozważyć zatem, na ile dokonana zmiana oddaje pierwotny sens treści oferty, na ile natomiast stanowi taką modyfikację oświadczenia woli Wykonawcy, że w wyniku poprawienia przez Zamawiającego powstanie całkowicie nowe oświadczenie, odmienne od złożonego pierwotnie w stopniu nakazującym uznać, że Wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia,

gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawieniu ofercie. Wprawdzie inaczej niż jest to uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp omyłka, o której mowa w pkt 3 omawianego ustępu, nie musi mieć charakteru „oczywistego”, dopuszcza się zatem poprawienie omyłek takiego charakteru niemających, byleby poprawa ich nie powodowała istotnej zmiany treści oferty. Jeśli dokonana zmiana miałaby taki charakter – dokonanie poprawek w ofercie jest niedozwolone.

119. Sygn. akt: KIO 2253/17, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nie ma wątpliwości, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na wpisaniu dwóch miejsc dostawy kontenerów, zamiast jednego. W ocenie Izby niezgodność ta podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Twierdzenie Odwołującego, jakoby wpisanie do Formularza oferty dwóch miejsc dostawy przedmiotu zamówienia nie było omyłką, ale zamierzonym działaniem Przystępującego, jest gołosłowne, nie ma natomiast – zdaniem Izby – podstaw zakładać, że Przystępujący z premedytacją złożył ofertę w oczywisty sposób niespełniającą jednego z wymagań SIWZ. Przeciwnie, mogło to wynikać z pośpiechu przy sporządzaniu oferty, przygotowania jej wstępnego projektu w wersji wymagającej doprecyzowania, a następnie – braku weryfikacji ostatecznej treści oferty itp. Zauważyć również należy, że po poprawieniu spornej omyłki Przystępujący wyraził pisemną zgodę na jej poprawienie, co pozwala uznać uchybienie w ofercie za skutek niezamierzonego błędu (omyłki).

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że Zamawiający nie miał żadnej wiedzy, w jaki sposób może ofertę Przystępującego poprawić. Skoro wykonawca wpisał w Formularzu oferty dwie lokalizacje, z których każda była zgodna z SIWZ, to przyjęcie pierwszej z tych lokalizacji jako poprawnej i wykreślenie drugiej było działaniem logicznym i uzasadnionym.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że poprawienie oferty doprowadziło do istotnych zmian jej treści. Oceniając tę kwestię należy mieć na uwadze, że Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z szeregiem wymagań opisanych przez Zamawiającego – i to stanowiło istotę jego oferty. Pozostawienie wykonawcom wyboru miejsca dostawy, jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, miało stanowić dla nich udogodnienie pozwalające zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, a określenie zamkniętego katalogu tych lokalizacji miało z kolei zagwarantować Zamawiającemu, że dostawa będzie wykonana w miejscu dla niego dogodnym pod względem logistycznym. Oba miejsca wpisane przez Przystępującego do oferty były zgodne z tym katalogiem, a wadliwość oferty polegała wyłącznie na wskazaniu dwóch miejsc zamiast jednego, w żadnym innym zakresie zgodność tej oferty z wymaganiami Zamawiającego nie została zakwestionowana. Należy więc stwierdzić, że skala nieprawidłowości oferty w żadnej mierze nie uzasadniała jej odrzucenia, odrzucenie takie byłoby wyrazem nadmiernej, niczym nieuzasadnionej formalizmu.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że doszło do niedozwolonego negocjowania treści oferty między Zamawiającym a Przystępującym. Jedynym działaniem Zamawiającego było poprawienie omyłki, a wykonawcy – wyrażenie na to zgody.

Art. 89 ust. 1 pkt 2**120. Sygn. akt: KIO 1381/17, KIO 1397/17, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2017 r.**

Odmienne przedstawia się sytuacja, w której próbka zostanie w s.i.w.z. uznana za swoisty rzeczowy element treści oferty podlegający badaniu pod względem zgodności z treścią pisemnego oświadczenia woli wykonawcy, gdyż w takim przypadku brak praktycznego potwierdzenia treści oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ewentualna zmiana treści oferty może być bowiem jedynie wynikiem zastosowania instytucji z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast złożenie oferty, której treść „słowna” nie znajduje potwierdzenia w treści „rzeczowej”, oznacza zaistnienie nieusuwalnej wewnętrznej sprzeczności treści oferty, co również należy uznać za przejaw niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej podstawy prawnej mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

121. Sygn. akt: KIO 1463/17, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2017 r.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia 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 obowiązuje 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. 18 pkt 4 przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp [Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 – przyp. red.] 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 za-

kres 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 jej treści 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 na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. (...)

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

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

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

122. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r.

(...) Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wady oferty w zakresie długości okresu gwarancji nie powodują niezgodności oferty z SIWZ, bowiem ta niezgodność odnosić się ma

do wyłącznie do opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby treść SIWZ, o której stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to opis potrzeb i wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Powołany przepis nie ogranicza podstaw odrzucenia oferty tylko do przypadku jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia co do zakresu, ilości i jakości w oderwaniu od warunków realizacji i innych aspektów wykonania umowy, które zamawiający uznaje za istotne. Nie może być wątpliwości co do tego, że w badanym postępowaniu długość okresu gwarancji miała dla zamawiającego istotne znaczenie, skoro została podniesiona do rangi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

123. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Izba uznała, że w ramach składnika OSr Przystępujący nie ujął wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, czyli zaistniała niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ w zakresie Opłaty Głównej.

Należy zauważyć, że pochoinnie Zamawiający uznał wycenę w tym zakresie Przystępującego za korzystną ze swojego punktu widzenia. Istotne jest bowiem, że w załączniku nr 9 (Koszty Partnera Prywatnego – zał. nr 9 do formularza ofertowego) należało przedstawić Koszty Partnera Prywatnego odnośnie stałej opłaty głównej, zarówno przez pierwszy rok obsługi, jak i na lata następne. Zamawiający niewątpliwie wskazał w załączniku nr 2 do Warunków Umownych/Mechanizm Wynagradzania (SIWZ operuje także numeracją dla tego dokumentu zał. nr 3 a do SIWZ)/ – pkt 2.1), że na taką opłatę składają się: 1) opłata roczna za koszt ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi z tytułu transportu odpadów umownych określona w ofercie dla roku $r=1$ (OT1); 2) opłata roczna za koszt ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi z tytułu zagospodarowania odpadów pozaprocessowych – popiołów lotnych i pozostałości po oczyszczeniu filtrów workowych (uzyskanych z Odpadów umownych) określonych w ofercie dla roku $r=1$ (OP1); oraz Opłata roczna za pozostałe koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi inne niż OT1 i OP1 określone w ofercie dla roku $r=1$ (OS1). Przedstawił także wzór dojścia do stałej opłaty głównej. Jeżeli nawet Zamawiający nie określił konkretnych typów kosztów – to – o czym Przystępujący zapomina – dodatkowo wyraźnie zastrzegł, że – opłata obejmuje wszelkie koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w instalacji Odpadów umownych). W rezultacie nie można utrzymać tezy Przystępującego, że w ramach polityki biznesowej mógł Przystępujący przenieść koszty stałe do kosztów zmiennych, gdyż miał – jednoznacznie – tą opłatą objąć wszelkie koszty stałe ponoszone, a nie tylko niektóre – wybrane przez Wykonawcę. Izba uznaje, że zachowanie od 2022 do 2045 opłaty głównej na poziomie 7 835 319 PLN jest działaniem nieracjonalnym zarówno z punktu widzenia ekonomicznego, jak i celu jaki przyświecał w SIWZ Zamawiającemu /jego wytycznej/. Nie są bowiem ujęte wszelkie koszty stałe. (...)

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego z rozprawy, co do możliwości alokacji środków na ten cel z innych źródeł czy też przeznaczenia części środków kosztem założonej marży, tym bardziej że jako podwykonawca w zakresie okresu obsługi została wskazana spółka celowa, która powstała na potrzeby tej konkretnej inwestycji. Jednocześnie, jeśli nawet twierdzenie z rozprawy Odwołującego, że jeśli koszty bieżącej konserwacji i remontu są zaliczone do kosztów zmiennych uzależnionych od ilości odpadów, to brak odpadów oznacza, że instalacja nie będzie remontowana, jest zbyt daleko idące, to niewątpliwie wytyczna generalna – ujęcia wszelkich kosztów stałych – nie została zachowana. Jeśli bowiem instalacja będzie remontowana i konserwowana w okresach przestojów, co będzie finansowane z innych źródeł czy też innych opłat uzyskiwanych od Zamawiającego, tzn., że określone koszty stałe, mimo wytycznej Zamawiającego – nie obejmują wszelkich kosztów stałych ponoszonych przez Wykonawcę w okresie obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i za-

gospodarowanych w instalacji Odpadów umownych). Izba nie podziela stanowiska Przystępującego o całkowitej dowolności w tym zakresie.

124. Sygn. akt: KIO 2155/16, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2017 r.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to tzw. kwestie „merytoryczne”, czyli, w skrócie, dotyczące sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy). Do kwestii formalnych zaliczane są takie wymagania co do sposobu sporządzenia i przedstawienia oferty, jak: wygląd i liczba formularzy (ale nie treść zawartych w nich oświadczeń), numeracja stron, spis treści itp. Natomiast do kwestii „merytorycznych” zalicza się opisanie i potwierdzenie zobowiązania/świadczenia ofertowego.

125. Sygn. akt: KIO 1618/17, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Aby móc skutecznie przyjąć, że Wykonawca dokonał zmiany treści oferty, a w sprawie doszło do niedozwolonych negocjacji, konieczne byłoby wykazanie, iż zmiany te dotyczyły treści zobowiązania Wykonawcy stanowiącego treść oferty. Nie można w tym miejscu nie zauważyć, iż oświadczenie o udziale podwykonawcy w realizacji części umowy było powiązane z potrzebą wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem odnosiło się do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie treści oferty stanowiącej odpowiedź na potrzeby Zamawiającego. W ocenie Izby takie rozróżnienie jest niezbędne, w szczególności jeżeli uwzględni się zmiany wprowadzone w Ustawie dotyczące sposobu weryfikacji oferty najwyżej ocenionej, co obecnie może poprzedzać wezwanie do zastąpienia zasobu podmiotu trzeciego innym, spełniającym warunki udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 6 Ustawy). Taka zmiana prowadzić musi zatem do modyfikacji oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia w części, do której realizacji potrzebne są zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe wskazuje zatem, iż oświadczenia dotyczącego udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czego nie należy utożsamiać z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia nowej treści oferty.

126. Sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17, Wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.

W ocenie Izby, dla oceny, czy treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, bez znaczenia pozostaje fakt, że niezgodność treści oferty Odwołującego została ustalona na podstawie wyjaśnień złożonych przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bowiem nie odrzucił oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że treść wyjaśnień jest niezgodna z SIWZ, ale dlatego, że niezgodna z SIWZ jest treść oferty, którą te wyjaśnienia uszczegółowiły.

Trafnie zauważył Przystępujący, że ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego. Ocena wyjaśnień nie jest ich „interpretacją”. Treść tych wyjaśnień potwierdziła niezgodność treści oferty z SIWZ.

W ocenie Izby, okoliczność niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ jest oczywista, nie budzi „wątpliwości” ani nie jest skutkiem „omyłki”. Trudno bowiem przypisać wykonawcy „omyłkę”, jeśli w celu zaniżenia ceny ofertowej pominął on w swojej wycenie niektóre elementy opisu przedmiotu zamówienia. Wezwanie Odwołującego do dodatkowych wyjaś-

nień byłoby niedopuszczalne. Oznaczałoby to prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści. Zamawiający trafnie nie znalazł podstaw prawnych do zastosowania procedury poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, nie wystąpiły jakiegokolwiek wątpliwości, nie może być także mowy o oczywistej omyłce pisarskiej lub rachunkowej. Cena oferty nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i tym samym treść oferty jest niezgodna z treścią z SIWZ.

Omyłka polega na tym, że Zamawiający sam jest w stanie ustalić prawidłową treść oferty i tylko informuje wykonawcę o poprawieniu oferty. Informacja o ilościach oferowanej inspekcji pochodziła od Odwołującego, który był zobowiązany do samodzielnego opracowania koncepcji. W sytuacji gdy sam Odwołujący wskazał w sposób jednoznaczny, jaki przedmiot zamówienia zaoferował i wycenił, trudno takie oświadczenie pominąć. Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić ewentualne wątpliwości dotyczące treści oferty, ale nie znaczy to, że ma obowiązek wzywania do złożenia wyjaśnień, gdy takich wątpliwości nie ma. W ocenie Izby, przedmiotowa niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Wzywanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie byłoby w oczywisty sposób zbędne. A skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, które można by wyjaśnić, wezwanie nie jest uzasadnione.

127. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez SIWZ wymagania. Złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

128. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k. [*Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) – przyp. red.*] – Izba na wstępie wskazuje, że niezmiennie jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. Celem tej zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do

ryнку i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerzą z możliwych swobodę działania i dokonywania wyboru". (...) Zaznaczyć należy w tym miejscu, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – *przyp. red.*] albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 teże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji, na którego zaistnienie wskazywał w tym postępowaniu Odwołujący, jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. (...)

Podkreślenia wymaga, że w doktrynie przedmiotu podnosi się również, że określenie „utrudnianie” oraz „w celu” (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k) wskazuje, że „czyn określony tym przepisem musi być przez sprawcę dokonany świadomie”, co więcej „dostęp do rynku” określony we wskazanym przez Odwołującego przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy rozumieć szeroko, czyli jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz” Ewa Nowińska, Miachal du Vall, Wydanie 5 str. 218 i następne). Warto zaznaczyć, że czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych poniesionych przez przedsiębiorcę (sprawcę czynu), przy czym, jak wskazano w ww. komentarzu, nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne, ponoszone przez konkurentów, czy też koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. (...)

Odwołujący w swojej argumentacji skupił się na poszczególnych elementach, które w jego ocenie i w oparciu o jego wyliczenia poczynione na podstawie ustalonych przez Odwołującego (jego ekspertów) wartości stanowiły o wskazanym na wstępie naruszeniu przepisów prawa. Odwołujący nie zakwestionował realności zaoferowanego współczynnika dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych przez przedstawienie faktycznych dowodów poza podniesieniem w trakcie rozprawy, że można oprocentować konto stawką 8,5%, ale jest to niespotykane na rynku, byłaby to piramida finansową. W ocenie Izby, przy braku dowodów w tym zakresie oraz uwzględniając argumentację uczestnika przedstawioną powyżej, a dotyczącą liczby klientów w segmencie klientów detalicznych, co do której nie odniósł się Odwołujący, faktu średniego oprocentowania nowych i renegocjowanych umów złotych kredytów konsumpcyjnych oraz produktów jakie posiada w ofercie uczestnik postępowania, gołosłowna argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. Należy również przypomnieć, że swoje stanowisko Odwołujący budował w oparciu o własne założenia, że należy wykorzystać stawkę opartą na WIBOR, a co nie znajduje żadnego źródła w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jak również nie wynika z żadnych uregulowań, którym powinni poddać się wykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący nie podolał ciężarowi dowodowemu wykazania, że uczestnik postępowania odwoławczego sprzedaje usługę poniżej kosztów własnych, w ocenie Izby Odwołujący, opierając swoją argumentację na własnych wyliczeniach i założeniach nawet nie uprawdopodobnił takiego stanu rzeczy. Natomiast co należy podkreślić, konieczność udowod-

nienia sprzedaży usługi poniżej kosztów własnych do zakwalifikowania danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji nie jest jedynym wymaganym elementem w obliczu regulacji art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k, bowiem konieczne jest ponadto również wykazanie, że doszło do takiego stanu rzeczy w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co również należało udowodnić (Komentarz jw. str. 225). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w ogóle w tym zakresie nie zajął stanowiska. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego, bowiem Odwołujący nie powołał, nie wskazał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie.

129. Sygn. akt: KIO 1476/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – *przyp. red.*], czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby działanie Przystępującego spełnia przesłanki do uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący dokonał bowiem nieuprawnionego przerzucenia kosztów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu cenowego, koszty związane z gotowością sprzętu, przenosząc do kosztów związanych z realizacją poszczególnych usług. W rezultacie zawarta w ofercie Przystępującego część ceny z tytułu realizacji poszczególnych usług jest wygórowana, natomiast część ceny z tytułu postawienia urządzeń w gotowości – rażąco niska. Taka struktura cen w ofercie Przystępującego nie wynika z rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Przystępującego i realiów rynkowych, ale z chęci maksymalnego wykorzystania przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert oraz oceny poszczególnych składników cenowych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, konstruując w taki sposób kryteria oceny ofert, oczekiwał realnej wyceny. Działanie Przystępującego musi zostać ocenione jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jakie obowiązują w praktyce gospodarczej. Jednocześnie działanie Przystępującego zagraża nie tylko interesom innych przedsiębiorców, ale także Zamawiającego. W rezultacie bowiem działań Przystępującego, jego oferta, pomimo że zawierająca cenę prawie dwukrotnie wyższą od ceny zawartej w ofercie Odwołującego, została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten zawiera przykładowe wyliczenie czynów, które bez wątplenia ustawa uznaje za mające na celu utrudnienie przedsiębiorcom dostępu do rynku. Izba podziela stanowisko, wyrażone w Uchwale z 16 kwietnia 2014 roku sygn. KIO/KD 30/14, zgodnie z którym „okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 uznk jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działalnie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.”

W świetle powyższego należało uznać, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

130. Sygn. akt: KIO 1553/17, KIO 1555/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze przesłanki ustawowe konieczne do uznania, iż w postępowaniu miało dojść do porozumienia zabronionego przepisami ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów – art. 6 ust. 1 pkt 7 Ochrony [Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.) – *przyp. red.*]. Do stwierdzenia dopuszczenia się zabronionego porozumienia koniecznym było dokonanie oceny działania przedsiębiorców z punktu widzenia możliwości wywołania negatywnych skutków dla mechanizmów konkurencyjnych, które mogą wpływać na zachwianie konkurencji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Interes publiczny, którego ochronie służyć ma zakaz zawierania porozumień, o których mowa w ustawie, polegać ma na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku zamówień publicznych (wyrok SN. Z 26.4.2004 r., III SK 1/04). W postępowaniach przetargowych porozumienia mogą dotyczyć przede wszystkim tych elementów, które decydować mają o wskazaniu oferty najkorzystniejszej, co najczęściej będzie dotyczyć ceny ofertowej i braku jej ustalenia w warunkach normalnej konkurencji.

Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegów procesów rynkowych i warunków działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji (wyrok SA w Warszawie z 5.10.2005 r., VI ACa 1146/04).

131. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Izba podkreśla, że tego typu działanie Przystępującego, niezgodne z SIWZ, które przyniosło korzystniejszą punktację w podkryterium 3.1, nie jest działaniem dopuszczalnym i nie mieści się – w zakresie uprawnień Wykonawcy, który przygotowując ofertę, dokonuje określonych kalkulacji celem sporządzenia oferty cenowej, także w zakresie będących po jego stronie kosztów. W ocenie Izby Przystępujący tak skalkulował swoje koszty, aby „dopasować” je do przywołanego podkryterium 3.1, wymóg zachowania wszelkich kosztów stałych w pierwszym roku obsługi – nie został dochowany. Oznacza to, że celem wykonawcy było nie tyle rzetelne skalkulowanie wynagrodzenia, ale wskazane wyżej „dopasowanie” go do przyjętego przez Zamawiającego sposobu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

(...) W rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do których odsyła Pzp, w szczególności art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – *przyp. red.*], znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł – wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 9 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r. poz. 646) – *przyp. red.*]. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Przywołany powyżej przepis stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność

ność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Zgodnie z wyrokiem SN z 09.01.2008 r., sygn. akt: II CK 4/07 – pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. Żaden z wykonawców, który zaproponował ceny, odnosząc je do rzeczywistych kosztów wynikających z realizacji zamówienia, nie może konkurować z Odwołującym. Zaoferowanie przez innych Wykonawców stawek, wynikających z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniających zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych powodowało, iż znajdowali się oni w nieporównywalnie gorszej sytuacji, bez szans na pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Jest to zdaniem Izby działanie, które narusza interes innych Wykonawców.

132. Sygn. akt: KIO 1637/17, KIO 1673/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia, jak podnoszone w odwołaniu (zmowa przetargowa), nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia umowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, z 15.01.2013 r., sygn. akt KIO 2865/12 czy też 20.03.2013 r., sygn. akt KIO 517/13 – za wyrokiem KIO z 07.04.2016 r., sygn. akt: KIO 423/16). Sąd Najwyższy w wyroku z 09.08.2006 r., sygn. akt: III SK 6/06 wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

Odnosząc się do zaistniałego stanu faktycznego oraz też Odwołującego w zakresie przedstawionego zarzutu, zarówno zawartych w odwołaniu, jak i na rozprawie, Izba nie przeczy wskazywanym zbieżnościom i tym samym lub podobnym „błędom” w pismach (wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez X Sp. z o.o. oraz Y Spółka Partnerska w K.). Jednakże w ocenie Izby, na podstawie przedstawionych okoliczności i dowodów trudno jednoznacznie uznać, czy takie, jak wskazywał w odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący, poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożonej oferty przez Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Izba nie mogła w sposób przesadzający stwierdzić, że wystąpiły one „w odpowiedniej wadze i ilości” – do uznania powstania domniemania faktycznego wystąpienia umowy przetargowej stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty.

133. Sygn. akt: KIO 1736/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.

Rażące zaniżenie cen za czynności objęte serwisem pogwarancyjnym pozwoliło Odwołującemu zdobyć maksymalną liczbę punktów, tj. 10 w ramach kryterium warunków pogwarancyjnych i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji Przystępujący i inni potencjalni wykonawcy, niezależnie od tego, czy zaoferowaliby ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku, otrzymali – w przypadku Przystępującego 0 pkt lub otrzymaliby praktycznie 0 pkt, skoro w ramach każdego z oce-

nianych aspektów obowiązywała zasada, że oferta z najniższą wartością cenową otrzymuje maksymalną liczbę pkt, a pozostałe oferty oceniane są proporcjonalnie. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach tego kryterium oceny ofert, nie ulega wątpliwości, że celem takiego działania było zdobycie maksymalnej liczby punktów i zminimalizowanie liczby punktów uzyskanych przez wykonawców, którzy rzetelnie wycenili koszty serwisu pogwarancyjnego. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, ewidentnie narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Nie można również abstrahować od tego, że takie działanie narusza również dobre obyczaje w odniesieniu do Zamawiającego, który został wprowadzony w błąd co do kosztów serwisu pogwarancyjnego, które będzie musiał ponieść po zrealizowaniu przedmiotowego zamówienia w związku z dalszą eksploatacją dostarczonych respiratorów po upływie okresu gwarancji. Wbrew temu, co wydawało się Odwoływającemu na rozprawie, okoliczność, że usługi serwisu pogwarancyjnego nie są objęte przedmiotem zamówienia, nie działa na jego korzyść. Wręcz przeciwnie, zwiększa stopień naganności postępowania, gdyż Odwołujący z premedytacją, świadomy, że Zamawiający po upływie okresu gwarancji w żaden sposób nie będzie mógł wyegzekwować świadczenia usług serwisowych ani od X, ani tym bardziej od innego podmiotu po takich cenach, nieuczciwie wykorzystał sytuację, aby poprawić swoją pozycję w tym postępowaniu, bez obawy, że może to w przyszłości niekorzystnie odbić się na jego interesie ekonomicznym. Co więcej Odwołujący na rozprawie wielokrotnie powtarzał, że nie zamierza świadczyć serwisu pogwarancyjnego za takie stawki jakie podał Zamawiającemu. Odwołujący bez żadnych skrupułów przyznał zatem, że wskazał ceny oderwane od realiów rynkowych w złej wierze, licząc na to, że nie grożą mu za to żadne konsekwencje, gdyż nie zaciąga w tym zakresie zobowiązania względem Zamawiającego, a podane stawki służą li tylko na potrzeby oceny w ramach jednego z kryteriów oceny ofert. Takie postępowanie rażąco narusza uczciwość kupiecką, którą powinien kierować się przedsiębiorca także względem swoich klientów.

Powyższe działanie było szkodliwe, gdyż zagrażało zarówno interesom innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego jako klienta. Pozostali wykonawcy, którzy jako uczciwi przedsiębiorcy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wskazali realistyczne ceny za świadczenie usług składających się na serwis pogwarancyjny, z uwzględnieniem rzeczywistych możliwości finansowych, znaleźli się (Przystępujący) lub znaleźliby się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszym położeniu podczas dokonywania oceny ich ofert w wymienionym kryterium. Oczywiście jest więc, że działania Odwoływającego utrudniły Przystępującemu lub mogły utrudnić innym wykonawcom dostęp do rynku, mimo że wskazali (Przystępujący) lub wskazaliby adekwatne, choć konkurencyjne, stawki. Skoro art. 3 ust. 1 uznk [ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – *przyp. red.*] nie wymaga dla wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, nie ma znaczenia, że po otwarciu ofert okazało się, że nieuczciwe działanie Odwoływającego było zbędne, gdyż z uwagi na wycenę przedmiotu zamówienia i bez tego uzyskałby łącznie najwięcej punktów. Niewątpliwie jednak nieuczciwe praktyki Odwoływającego stworzyły zagrożenie interesu Przystępującego i innych wykonawców, którzy mogli przystąpić do przetargu. W ten sposób wyraża się znaczenie ochrony uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, że nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci naruszenia interesu innego wykonawcy, aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania za próbę nieuczciwego wpłynięcia na wynik tego postępowania.

Zagrożenie interesu Zamawiającego jako klienta Odwoływającego przejawia się w tym, że co prawda zakupiłby respiratory i uzyskał 5-letni serwis gwarancyjny za najkorzystniejszą cenę, ale po tym okresie faktyczne koszty serwisu pogwarancyjnego stanowiłyby niewiadomą, a na pewno okazałyby się znacznie wyższe niż to zadeklarował w ofercie Odwołujący. W tym przypadku nie ma z kolei znaczenia, czy w ogólnym bilansie zaoferowane przez Odwoływającego respiratory w swoim cyklu życia okazałyby się łącznie w zakupie i eksploatacji tańsze niż

konkurencyjne urządzenia. Istotne jest, że Zamawiający, pomimo zażądania wyceny serwisu pogwarancyjnego (w tym „gwarantowanych kosztów”), które nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, nie otrzymał w ofercie w tym zakresie rzetelnych informacji. Naraziło to Zamawiającego na ryzyko ponoszenia w przyszłości kosztów użytkowania dostarczonych respiratorów w wysokości zupełnie niewspółmiernej do ich wyceny w ofercie Odwołującego, niezależnie od tego, czy faktycznie serwis ten świadczyłby Odwołujący, czy inny wykonawca. A także w przypadku podjęcia się w przyszłości obsługi serwisowej, po uzyskaniu odpowiednich kompetencji, przez samego Zamawiającego, zważając na to, że znaczący udział w tych kosztach mają części zamienne, które musiałby nabyć na warunkach rynkowych, a także koszt pracy ludzkiej.

134. Sygn. akt: KIO 2088/17, Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r.

Nie mogła zostać uwzględniona argumentacja odwołującego, że jeżeli nawet cena nie pokrywa wszystkich kosztów danej usługi, to nie jest to równoznaczne i nie zostało wykazane przez zamawiającego – utrudnianie przez takie działanie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w celu ich eliminacji z tego rynku. Odwołujący w momencie składania oferty nie wiedział i nie mógł wiedzieć, ile ofert wpłynie w danym przetargu, chociaż uczestnicząc w wielu postępowaniach przetargowych z pewnością orientował się jakie firmy konkurencyjne mogłyby złożyć oferty. Reguły uczciwej konkurencji w sposób immanentny zostały wpisane w zasady prowadzenia przetargów publicznych i każde zachowanie wykonawcy, które w sposób niezgodny z przepisami pozwalałoby na uzyskanie zamówienia – stanowi utrudnianie dostępu do zamówienia dla przedsiębiorców mogących ubiegać się o danego rodzaju zamówienia, a utrwalenie i przyzwolenie na takie praktyki – prowadzi do eliminacji z rynku przedsiębiorców, którzy nie są w stanie uzyskać zamówień, mimo że rzetelnie kalkulują ceny swoich ofert. Cena jednostkowa brutto opłaty transakcyjnej, z przypisaną wagą 30%, stanowiła kryterium oceny ofert, z tych względów Izba za szczególnie naganne przyjęła działania odwołującego, wyznaczające symboliczną wręcz ceną ryczałtową za wystawienie biletu lotniczego, kolejowego, a zwłaszcza pośrednictwa wizowego w kwotach po 0,01 zł brutto. Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że czynności zamawiającego podane w powiadomieniu z dnia 25 września 2017 r., tj. w zaistniałych okolicznościach znajdowały normatywne wsparcie w przywołanych jako podstawa tej czynności art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Ceny poszczególnych elementów oferty, w przypadku takiego rozbięcia ceny ofertowej, jak zastosował zamawiający – również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, które nie uwzględnia ich realnego wymiaru. Często spotykanym przypadkiem, jest taki – jak ma miejsce w niniejszym postępowaniu – zaniżania cen związanych z dążeniem do uzyskaniem większej punktacji w oznaczonym kryterium oceny ofert – do granic symbolicznych. Jedynym sensownym wytłumaczeniem zaoferowanej przez odwołującego ceny w zakresie usługi polegającej na pośrednictwie w zakupie biletów lotniczych, kolejowych, a zwłaszcza załatwiania wiz – na poziomie jednostkowym 0,01 zł z VAT, w ocenie Izby – było celowe dążenie do uzyskania na swoją rzecz maksymalnej punktacji dla ceny – ocenianej w kryterium C1 o wadze 30% – z pozabawieniem tej punktacji ewentualnych konkurentów, co do których na moment składania ofert odwołujący nie miał wiedzy, tak by nierealny poziom ceny tego elementu – przełożył się na korzystniejszą dla wykonawcy ocenę jego oferty. Takie działanie odwołującego konsorcjum stanowiło zaś czyn nieuczciwej konkurencji. (...)

Zdaniem Izby, przywoływane przez odwołującego praktyki akceptowania symbolicznych cen jednostkowych 0,01 zł z VAT za omawiane pośrednictwo, prowadzą do eliminowania konkurencji w danym segmencie rynku, gdyż znaczna część wykonawców, znanych na rynku, mogących zrealizować zamówienie, licząc się z takimi symbolicznymi cenami, np. oferty od-

wołującego – nie złożyła własnej oferty w przetargu, nie widząc żadnych szans na uzyskanie zamówienia, gdyż pozostałe kryteria pozacenowe były możliwe jednolicie do spełnienia i nie wpływały na sumaryczną ocenę ofert. Przyzwolenie na takie działania wykonawcy prowadziłyby do drastycznego eliminowania konkurencji, o czym świadczy malejący na przestrzeni ostatnich lat udział wykonawców w tych przetargach, co dokumentują nawet dowody przedstawione przez odwołującego.

Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy. Jednakże powinni zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący mógłby faktem jednoczesnego świadczenia usług na rzecz innych odbiorców, utrzymywania biura, programów komputerowych, zatrudnienia pracowników – tłumaczyć znaczące obniżenie ceny na rzecz zamawiającego, ale nie jej symboliczne ustalenie. Z ceny oferty w kryterium C1 wynika, że odwołujący – koszty danego segmentu usługi, oprócz prowizji, pokrył innymi przychodami od kontrahentów, chociaż miał obowiązek skalkulować je na poziomie rzeczywistym. Przyznał to, pisząc w wyjaśnieniach, że nie będzie zwiększał zatrudnienia, gdyż generuje to najwyższe koszty. Odwołujący nie kwestionował, że od innych klientów, np. indywidualnych, pobiera opłaty transakcyjne, co najmniej na poziomie kilkudziesięciu złotych, mimo że prowizja przewoźnika może być taka sama.

135. Sygn. akt: KIO 2490/17, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.

Co się zaś tyczy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp to wskazać należy w pierwszej kolejności, że przepis ten stanowi o obowiązku odrzucenia przez Zamawiającego oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) [*ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – przyp. red.*]. Odwołujący argumentował, że konkurencyjny wykonawca składając ofertę w postępowaniu, dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez próbę „podkupienia pracowników” Odwołującego i oferowania im wyższego wynagrodzenia z utrzymaniem dotychczasowego zatrudnienia u Zamawiającego. Powyższe czynności stanowią, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 12 ust. 1 i 2 UZNK.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie z art. 12 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Ust. 2 stanowi zaś, czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

Roszczenia z art. 12 UZNK są roszczeniami przedsiębiorcy przeciwko osobie trzeciej zakłócającej wiążące przedsiębiorcę stosunki umowne. Przepis czyni deliktem nieuczciwej konkurencji nakłanianie osób świadczących pracę lub klientów do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Skutek w postaci zakłócenia funkcjonowania umowy nie musi wystąpić. Elementem koniecznym do stwierdzenia naruszenia przez Wykonawcę X art. 12 UZNK było wykazanie w pierwszej kolejności przed Izbą, iż wykonawca ten rzeczywiście nakłaniał osoby świadczące pracę na rzecz Odwołującego do rezygnacji z pracy i podjęcia pracy w Wykonawcy X tak, aby ten mógł złożyć oświadczenie co do zasobu kadrowego przeznaczonego na

realizację zamówienia. Jednakże Odwołujący nie podjął żadnego postępowania dowodowego w powyższej kwestii, ograniczając się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń zawartych w odwołaniu. W ocenie Izby wobec braku wykazania w toku postępowania odwoławczego przesłanek koniecznych do stwierdzenia naruszenia art. 12 UZNK, zarzut uznać należy za niezasadny.

136. Sygn. akt: KIO 2588/17, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017 r.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego oraz Zamawiającego, iż kalkulacja oferty w zakresie cen składowych stanowi wewnętrzną sprawę wykonawcy, a każdy wykonawca może swobodnie dokonywać ich oszacowania i kalkulacji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – *przyp. red.*], czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Oczywistym jest, iż w gospodarce wolnorynkowej wykonawcy dysponują swobodą w kształtowaniu cen swych usług czy dóbr. Jednak nie jest to swoboda bezwzględna, wykonawcy przede wszystkim są związani przepisami prawa. W tym przepisami prawa podatkowego w zakresie podatku VAT oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, wykonawca który w sposób nieuzasadniony zaniża wartość części usług objętych wyższą stawką podatku VAT, rekompensując to sobie zawyżaniem wartości usług objętych niższą stawką podatku VAT, narusza przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.), poprzez zaniżenie kwoty podatku VAT, który wpłaci na rzecz organu podatkowego. Narusza także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców z postępowania przetargowego. Takie działanie uznać należy za działanie sprzeczne z prawem oraz naruszające interesy innych przedsiębiorców. Przy czym nie ma znaczenia, czy mamy do czynienia z ceną składową wynagrodzenia ryczałtowego czy kosztorysowego. Wykonawca, który w sposób nieuzasadniony manipuluje ceną w celu zaniżenia należnego podatku VAT, a przez to [*prowadzi – przyp. red.*] do nieuzasadnionego obniżenia ceny swej oferty, popełnia czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta takiego wykonawcy w postępowaniu przetargowym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca, który stosuje taką metodę kalkulacji, uzyskuje nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami. W postępowaniach przetargowych ranking ofert w zasadzie ustala się na podstawie kwot brutto. A zatem wykonawca, stosujący taką metodę uzyskuje niższą cenę oferty i ma większe szanse uzyskania zamówienia. Może dojść nawet do sytuacji, w której oferta wyrażona w kwocie netto, będzie wyższa od ofert pozostałych wykonawców, natomiast wyrażona w kwocie brutto będzie najniższa.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

137. Sygn. akt: KIO 1476/17, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Rażąco niska cena odnosi się do ceny całościowej zamówienia. Jednakże w niniejszym postępowaniu istotne elementy ceny zostały zaniżone i w zakresie tych elementów, cena zamówienia jest rażąco niska. Są to elementy, które mają istotne znaczenie z uwagi na fakt ich wyodrębnienia przez Zamawiającego, co oznacza, że te elementy cenowe miały istotne znaczenie dla Zamawiającego. W ocenie Izby do sztucznego zawyżenia punktacji w ofercie Przystępującego doszło właśnie poprzez zaferowanie rażąco niskiej ceny w pozycjach nr 2 i 3 kosztorysu. Ceny jednostkowe w tych pozycjach stanowią zarówno podstawę do oblicze-

nia całej ceny, jak i mają większościowy wpływ na ranking ofert. Każda zatem z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny i rynkowy. Z uwagi na powyższe, analizowanie zaferowanych w niniejszym postępowaniu cen jednostkowych, pod kątem ceny rażąco niskiej, jest w pełni uprawnione. Już z tego powodu, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

138. Sygn. akt: KIO 1625/17, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że o klasyfikacji danej czynności do określonego rodzaju usług nie może przesądzać użyta przez zamawiającego nazwa czynności, czyli „przeгляд”. O tym, z jakim rodzajem usługi mamy do czynienia, w rozpoznawanym przypadku stanowią poszczególne czynności, jakie należy wykonać w ramach danej usługi. Odwołujący wskazali, że w ramach zadania należy wykonać obowiązkowe, systematyczne przeglądy i po ich dokonaniu należy podjąć decyzję co do czyszczenia urzędnia. Stanowisku odwołujących przeczy zakres czynności wskazany w pkt 5.3.1. i 5.3.2 specyfikacji technicznej. Wynika z niego bowiem, iż wykonawca najpierw będzie zobowiązany wykonać czyszczenie urzędnia, a dopiero potem skontrolować, czy nie ma ono fizycznych uszkodzeń. Nie chodzi tu zatem o obowiązkowe, cykliczne przeglądy, których wykonanie wynika z dokumentacji urzędnia, warunków gwarancji czy przepisów prawa, ale o szereg jednorazowych, wskazanych szczegółowo czynności, mających na celu zbadanie, czy separator nie ma uszkodzeń mechanicznych.

Odwołujący nie udowodnili, że tego rodzaju czynności zaliczają się do grupy PKWiU 71.20.19.0, objętej stawką 23%.

(...) Izba stwierdziła, że nawet w sytuacji, gdyby przeglądy przewidziane w pozycji 46 objęte były stawką 23%, odwołujący nie wykazali, że stanowiły one przeważającą część składową wszystkich czynności, które należy wykonać w ramach tej pozycji.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt I FSK 1946/07, jeśli świadczenia tworzą usługę o charakterze kompleksowym, wówczas również dla celów jej opodatkowania na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług [ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [(t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.) – przyp. red.] powinny tworzyć całość. W przypadku świadczenia o kompleksowym charakterze, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku VAT, powinno się przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. Odwołujący zaś w ogóle nie odnosili się do kwestii kompleksowości danej pozycji oraz do tego, która z usług w niej wymienionych jest usługą podstawową (dominującą) i przesądza o zastosowaniu podstawowej stawki podatku VAT. Tym samym nie sposób określić, dlaczego – w ocenie odwołujących – wszystkie czynności wskazane w poz. 46 winny być objęte stawką podstawową, skoro sami odwołujący przyznali, iż czyszczenie objęte jest stawką preferencyjną.

139. Sygn. akt: KIO 2475/17, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oferta podlegać winna odrzuceniu, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”, niemniej przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Pod pojęciem błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, błąd

w obliczeniu ceny. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości, zakresu czynności, pominięcie wyceny czy też przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b

140. Sygn. akt: KIO 1824/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.

W treści ww. dokumentu gwarancji wskazano m.in., że Gwarant (Bank) „niniejszym udziela gwarancji w sposób nieodwołalny, bez jakichkolwiek zastrzeżeń i/lub bez odniesienia do Wnioskodawcy bądź Podstawy Stosunku, na zapłatę maksymalnej kwoty 10 000,00 EURO (dziesięć tysięcy euro) na pierwsze żądanie w sposób określony poniżej. Każde żądanie zapłaty w związku z niniejszą gwarancją należy poprzedzić następującymi dokumentami:

– Oświadczenie Beneficjenta, zawarte w treści takiego żądania bądź w osobnym dokumencie noszącym właściwe podpisy, wskazujące, którego z następujących warunków w odniesieniu do Podstawy Stosunku nie spełnia Wnioskodawca:

– Wnioskodawca wycofał ofertę w terminie związania ofertą określonym przez Wnioskodawcę w formularzu oferty,

– Wnioskodawca, po ogłoszeniu zwycięskiego oferenta w terminie związania ofertą nie podpisał lub odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie”.

W treści gwarancji nie odwołano się do konkretnych postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu ani do przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności do art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Oceniając powyższy dokument gwarancji bankowej w świetle przepisów ustawy Pzp i treści SIWZ, należy stwierdzić, że nie zawiera ona oświadczenia gwaranta o odpowiedzialności za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium, które zostały wprost wskazane przez Zamawiającego w SIWZ oraz wynikają z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedstawiona gwarancja obejmuje wyłącznie przypadek, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, tj. odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie obejmuje natomiast pozostałych przypadków określonych z przepisach ustawy Pzp. Nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że treść zawarta w tiret 1 „Wnioskodawca wycofał ofertę w terminie związania ofertą określonym przez Wnioskodawcę w formularzu oferty”, odnosi się do wszystkich pozostałych przypadków poza art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, ponieważ „przypadki te prowadzą w ostatecznej konsekwencji do wycofania oferty przez wykonawcę”. Instytucja wycofania oferty jest zdefiniowana jednoznacznie w ustawie Pzp – wycofanie oferty może nastąpić do upływu terminu składania ofert bez żadnych konsekwencji dla wykonawcy (art. 84 ust. 1 Pzp), w szczególności nie skutkuje prawem zamawiającego do zatrzymania wadium. Instytucja „wycofania oferty” nie może być zatem interpretowana w sposób rozszerzający.

Zawarcie w treści gwarancji wskazanych powyżej dwóch warunków, jako podstawy żądania zapłaty, powoduje brak pewności Zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia jego wszystkich roszczeń wynikających z wadium, a zatem nie spełnia zabezpieczającej roli przypisanej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarte w treści gwarancji klauzule, że gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego nie wyłączają ograniczeń wynikających z warunków wskazanych wprost w gwarancji dotyczących konkretnych okoliczności uprawniających Zamawiającego (beneficjenta) i zarazem wymaganych – w każdym przypadku żądania zapłaty kwoty wadium wynikającej z gwarancji.

141. Sygn. akt: KIO 2023/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.

(...) Izba stwierdziła, że bezsporna w sprawie jest kwestia, iż gwarancja wadialna została wystawiona na inny podmiot niż Zamawiający. Rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy złożenie takiej gwarancji wraz z ofertą uzasadniało odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oferty Odwołującego, czy też Zamawiający miał obowiązek, jak tego domagał się Odwołujący, przeprowadzenia rzetelnej interpretacji tekstu gwarancji, a nie tylko odczytania jej przez pryzmat jednego fragmentu i uznania treści gwarancji za jasną, w konsekwencji czego ustaliłby, iż oferta Odwołującego została prawidłowo zabezpieczona wadium. Tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, niepubl.). Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca).

W ocenie Izby czynność Zamawiającego była prawidłowa. Izba podzieliła ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest bowiem częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia (KIO/UZP 202/09) i nie może stanowić przedmiotu wyjaśnień. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej – jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 868/08, nie ma w Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Zabezpieczenie zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień gwaranta (wyrok KIO z 23.06.2010 r., KIO/UZP 1180/10). Dodatkowe dokumenty zawierające treść zmian gwarancji wadialnej dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert. Samo wadium musi bowiem zostać wniesione – poprawnie – przed upływem terminu składania ofert.

142. Sygn. akt: KIO 2437/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

(...) skład orzekający podziela wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż gwarancja jest bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania i jest zobowiązany

dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego. Jak przykładowo wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 marca 2017 r. (KIO 364/17) „wymóg poświadczenia podpisu na żądaniu zapłaty nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC, gdyż w świetle tegoż przepisu warunek to zdarzenie przyszłe i niepewne, zaś forma pisemna z podpisami notarialnie poświadczonymi to szczególna forma czynności prawnej art. 73 § 2 KC, art. 75 KC, czy art. 79 KC. W ocenie Izby trudno jest przyjąć za zdarzenie niepewne wykonanie czynności poświadczenia własnoręcznego podpisu przez notariusza, czy bank skoro obowiązek dokonywania przez te podmioty takich czynności wynika z przepisów ustawy”.

Jednakże wymaga zauważenia, iż w Postępowaniu Zamawiający nie tylko wymagał, aby gwarancja była bezwarunkowa, ale również został postawiony w treści SIWZ wymóg, aby dokonanie zapłaty nie było uzależnione od „przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu (...) (pkt IX.5 SIWZ)”.

W ocenie Izby poświadczenie podpisów osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu Zamawiającego stanowi sposób przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty, którego celem jest potwierdzenie umocowania do działania w imieniu beneficjenta, a zatem w stanie faktycznym niniejszej sprawie należy je zaliczyć do „dokumentów potwierdzających umocowanie do działania w imieniu Zamawiającego”.

143. Sygn. akt: KIO 2466/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Złożone przez odwołującego gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium Nr (...) z dnia 20 października 2017 r. na 100 000,00 zł oraz Nr (...) na 50 000,00 zł, zostały wystawione z okresem ważności od dnia 25 października 2017 r. do dnia 27 października 2017 r., a więc na okres krótszy niż termin związania ofertą, który to termin kończy się z dniem 24 grudnia 2017 roku.

W dniu 25 października 2017 r., po otwarciu ofert, odwołujący złożył do zamawiającego gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium o tych samych numerach oraz dacie wystawienia, przy czym ze zmienionym okresem ważności od 25 października 2017 r. do dnia 27 grudnia 2017 roku. W piśmie przewodnim z 25 października 2017 r. odwołujący podniósł, iż niezwłocznie po zauważeniu omyłki dotyczącej okresu ważności wadium, zwrócił się do towarzystwa ubezpieczeniowego, które wystawiło przedmiotowe gwarancje o wystawienie poprawnych dokumentów gwarancji oraz pisemne wyjaśnienie zaistniałych pomyłek. Z pism ubezpieczyciela (...) S.A. z dnia 25 października 2017 r., które zostały również złożone przez odwołującego, wynika, iż w wystawionych dokumentach gwarancji ubezpieczeniowych nr (...) i nr (...) zaistniała oczywista omyłka pisarska, zaś samo ubezpieczenie zapłaty wadium zostało prawidłowo zawarte, a ochrona ubezpieczeniowa, zarówno w jednym, jak i drugim wypadku, obejmuje okres od dnia 25 października 2017 r. do dnia 27 grudnia 2017 roku.

Zamawiający dnia 14 listopada 2017 roku, odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W ocenie Izby przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy”, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarły oryginały poprawionych gwarancji po zakreślonym przez zamawiającego terminie, jak również fakt, że wystawca gwarancji potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w zakreślonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa (podobnie Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1046/17).

Art. 89 ust. 1 pkt 8**144. Sygn. akt: KIO 1617/17, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2017 r.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – *przyp. red.*] w szczególności wynika, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed 18 kwietnia 2018 r. oferty składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Z kolei według art. 78 § 1 zd. 1 Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własne poniższe tezy wynikające z bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego odnośnie problematyki podpisu: W orzecznictwie Sądu Najwyższego konsekwentnie przyjmuje się, że niezbędną cechą podpisu jest jego własnoręczność. Określenia „własnoręczny” nie zawarto wprawdzie w art. 245 kpc, jest ono jednak *expressis verbis* użyte w art. 78 kc. Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. Jest to zatem wymaganie niezbędne dla bezpieczeństwa obrotu (por. orzeczn. SN z 12.V.1933 r., C II Rw 603/33, Zb.U. 1934, poz. 33, z 17.IV.1967 r., II PZ 22/67, NP 1967, nr 12, str. 1720, uchwała 7 sędziów SN z 30.XII.1993 r., III CZP 146/93; OSNPC 1994, nr 5, poz. 94). Nie ulega więc wątpliwości, że napisanie nazwiska piśmem maszynowym nie jest podpisem z uzasadnienia wyroku z 8 maja 1997 r., sygn. akt II CKN 153/97). Zasadniczo podpis powinien wyrażać co najmniej nazwisko. Nie jest konieczne, aby było to nazwisko w pełnym brzmieniu, gdyż dopuszczalne jest jego skrócenie, nie musi ono być także w pełni czytelne. Podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia, czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej; podpis więc powinien wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne z uzasadnienia postanowienia z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 78/09). Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną z uzasadnienia uchwały 7 sędziów z 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93).

Ponieważ Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że oferta (formularz ofertowy) nie zawiera własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu Odwołującego, nie może się ostać decyzja podjęta w oparciu o te błędne ustalenia faktyczne.

Izba stwierdziła ponadto, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie tej decyzji wskazywało wyłącznie na brak własnoręcznego podpisu, czyli ręcznie wykonanego przez osobę podpisującą się słownego znaku graficznego. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sprecyzował, że w istocie kwestionuje, że złożony na ostatniej stronie formularza oferty podpis identyfikuje Leszka R., co niewątpliwie stanowi zmianę uprzednio podanego uzasadnienia, na którym musiał oprzeć się Odwołujący. Abstrahując od tego, umknęło uwadze Zamawiającego, że wszystkie dokumenty oferty zawierały podpisy osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy, jak tego wymagano w s.i.w.z., a ponadto złożony tam podpis spełniał wszystkie kryteria wyszczególnione w odpowiedzi na odwołanie za doktryną prawa cywilnego i nie był parafą.

Art. 90 ust. 1–3**145. Sygn. akt: KIO 1379/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r.**

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym), albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane pozycje są istotnymi częściami składowymi ceny oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., na co wskazywała również Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 687/17, 693/17. Wartość zakwestionowanych pozycji stanowi jedynie ułamkową część procenta ogólnej ceny kosztorysowej. Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji w celu wykazania istotności wskazanych pozycji.

146. Sygn. akt: KIO 1602/17, KIO 1614/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Zamawiający, owszem, zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, lecz jego zapytanie w tym zakresie sprowadzało się głównie do zacytowania przepisów z obrębu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś do elementów kalkulacji oferty stosownych w niniejszym postępowaniu. I o ile taka forma zapytania jest ewentualnie akceptowalna jako pierwszy etap zapytania (kiedy to zamawiający dysponuje jeszcze jedynie globalną ceną oferty, bez jej bardziej szczegółowej kalkulacji), to nie można na niej poprzestać – i jeśli wykonawca sam z siebie nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień, to zapytanie należy ponowić podając już konkretne zagadnienia lub elementy kalkulacyjne, do których wykonawca ma się odnieść. (...)

Wyjaśnienia te stanowią też podstawę oceny tej oferty. Zamawiający dokonując tej oceny, oczywiście powinien się kierować własną wiedzą i doświadczeniem życiowym, aby stwierdzić, czy wyjaśnienia są poprawne i przekonujące, ale nie może swoją wiedzą i doświadczeniem zastępować tych wyjaśnień – jak, zdaniem Izby, miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający bowiem bardziej sam sobie poczynił pewne założenia kalkulacyjne, niż uzyskał je od wykonawcy. (...)

Izba zwraca też uwagę, że niezależnie od porównania zaoferowanych cen z cenami z innych postępowań, ocenie podlega oferta złożona w danym postępowaniu. O ile więc inne kontrakty mogą być pewnym odnośnikiem do porównań, to jednak podstawą jest prawidłowe obliczenie ceny oferty w stosunku do warunków i wymogów istniejących w danym zamówieniu.

Izba stwierdziła jednak, że choć brak danych liczbowych elementów kalkulacyjnych czy też brak wyjaśnienia ceny w sposób, którego oczekiwałaby Izba, dyskwalifikuje obecnie udzielone wyjaśnienia jako prawidłowe i możliwe do oceny, to jednocześnie nie może ich zakwalifikować jako braku wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jednak zostały one złożone dość szeroko oraz udzielone według przekonania wykonawcy. Zaś wobec braku ustalenia przez Zamawiającego w wezwaniu toru (elementów koniecznych) tych wyjaśnień, wykonawca kierunek wyjaśnień miał prawo określić sam – ujął w nich to, co według niego było istotne. Jednak, bez wskazania konkretnych założeń i danych liczbowych, zdaniem Izby nie da się dokonać prawidłowej oceny tych wyjaśnień (czy to pozytywnej, czy negatywnej). Z drugiej strony odrzuceniu oferty z tego powodu stoi na przeszkodzie zasada uczciwej konkurencji – w ocenie Izby nie można bowiem wprawdzie

wskazać kierunku wyjaśnień, a następnie odrzucić oferty z tego powodu, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają temu (niewskazanemu wcześniej) kierunkowi. W ten sposób bowiem można by było autorytarnie odrzucić każdą ofertę.

147. Sygn. akt: KIO 1609/17, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2017 r.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść daje możliwość Zamawiającemu do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W niniejszym stanie faktycznym bezspornym jest, że nie został przekroczony próg procentowy, zobowiązujący Zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy.

Zgodzić należało się, że zarówno zaferowane ceny, jak i ich istotne części składowe nie budziły wątpliwości co do możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie robót, usług oraz dostaw związanych z utrzymaniem dróg i będzie wykonywany w trybie „podstawowym” i „awaryjnym” w ramach poszczególnych zleceń, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia.

Zgodzić należało się również, że odnoszenie się do poszczególnych pozycji kosztorysowych, na które powołuje się Odwołujący, a które nie stanowią ani przedmiotu odrębnego wynagrodzenia, ani tym bardziej istotnych części składowych przedmiotu zamówienia wydaje się całkowicie bezzasadne. W szczególności gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, usługi oraz dostawy związane z utrzymaniem dróg, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy badanie rażąco niskiej ceny pod kątem poszczególnych cen jednostkowych, gdzie waga ich wartości w stosunku do całkowitej wartości zamówienia jest znikoma nie ma żadnego uzasadnienia w obecnym stanie faktycznym. Odwołujący nie wykazał też, aby wskazane przez niego elementy miały tak istotny charakter, jak twierdził. Ponadto przeprowadzona analiza porównawcza prowadzi do wniosku, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest o 4,5% niższa od ceny oferty Odwołującego oraz o 9,2% niższa od ceny oferty następnej w kolejności. W ramach niniejszego postępowania nie wystąpiły zatem okoliczności, skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej, a różnice w cenach oferowanych przez wykonawców należy traktować jako zjawisko występowania konkurencji w określonej branży.

148. Sygn. akt: KIO 1682/17, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r.

(...) kwestią wymagającą odniesienia się w związku zarzutem skierowanym wobec wyjaśnień składanych w zakresie wysokości ceny było rozstrzygnięcie, czy w świetle kierowanych wezwań i składanych wyjaśnień ziszcila się przesłanka do odrzucenia oferty określona przepisem art. 90 ust. 3 Ustawy. Odwołujący nie kwestionował wprost wysokości ceny oferty wybranej (zbliżonej do jego kalkulacji), wywodził natomiast podstawę zarzutu z faktu dwukrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jako działania naruszającego wytyczną dotyczącą jednokrotnego wzywania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wykonawców do składania wyjaśnień wraz z dowodami. Odnosząc się do tej podstawy zarzutu Izba uznała, iż w sprawie drugie wezwanie Zamawiającego było wynikiem pewnych sprzeczności i wątpliwości, jakie powziął w oparciu o informacje złożone w pierwszych wyjaśnieniach. Taka sytuacja, w ocenie

Izby, nie stanowiła o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż to Zamawiający wyznacza swoim wezwaniem jakich informacji oczekuje od wykonawcy tak, by móc na ich podstawie ocenić, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy, Zamawiający musi móc wskazać, dlaczego uznał, iż wyjaśnienia dowodzą rażąco niskiej ceny. Nie można zatem wprowadzać barier do tego, aby wątpliwości jakie niosą wyjaśnienia móc rozwiązać przed ostateczną oceną oferty. W niniejszej sprawie wyjaśnienia składane przez X dostarczały szczegółowych danych, co do których Zamawiający widział potrzebę ich wyjaśnienia, aby móc stwierdzić w pełni ponosząc odpowiedzialność za swoją decyzję, że oferta nie podlega odrzuceniu. Ponieważ sama wysokość ceny nie budziła zastrzeżeń Odwołującego, sam fakt dwukrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie mógł stanowić dostatecznej podstawy do tego, aby uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

149. Sygn. akt: KIO 1573/17, KIO 1584/17, Wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r.

(...) należy wskazać, iż oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w postępowaniu ceny nie należało dokonywać w kontekście wyników finansowych Wykonawcy za ostatni rok obrotowy, a także pierwszy kwartał bieżącego okresu rozliczeniowego, a na tych danych Odwołujący X opierał konstrukcję zarzutu, w szczególności, kwestionując cenę roboczo dnia (400 zł). Również Zamawiający, uwzględniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Y z powodu rażąco niskiej ceny, odnosił się w przeważającej części swojej wypowiedzi na rozprawie do sytuacji finansowej, w jakie znajduje się obecnie Spółka, prezentując wnioski podobne do wniosków X, o potrzebie skalkulowania ceny oferty w taki sposób, aby zapewnić wyższą rentowność dla tego zamówienia i zniwelowania ryzyka niewykonania zamówienia. Zamawiający oraz Odwołujący X, prezentując dowody na okoliczność zmiany polityki ofertowej Spółki oraz trudną sytuację finansową, dążyli do przekonania, iż Wykonawca powinien był dokonać wyższej wyceny prac, niż wynikająca z zakresu rzeczowego zamówienia i nakładów potrzebnych do jego wykonania, tak aby wypracować bezpieczny zysk, pozwalający na złagodzenie skutków części nierentownych zamówień realizowanych lub zrealizowanych. Takie założenie w ocenie Izby nie mogło być uznane za dopuszczalne na gruncie procedury zmierzającej do wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej i ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wnioski Odwołującego X oraz Zamawiającego zmierzały do tego aby przyjąć, iż nawet kalkulacja rynkowa przedmiotu zamówienia potwierdzona wyjaśnieniami, w świetle sytuacji finansowej tego Wykonawcy, miałyby prowadzić do oceny wyjaśnień jako niewystarczających, a tym samym do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Takie wnioski pomijają jednak faktyczny cel składanych wyjaśnień, jakim jest przekonanie Zamawiającego i wskazanie na te okoliczności dotyczące Wykonawcy, które pozwalają obniżyć koszty związane z wykonaniem tego konkretnego zamówienia. Argumentacja Odwołującego X faktycznie zmierzała do przekonania o potrzebie zawyżenia rzeczywistych kosztów związanych z tym zamówieniem. Należy stanowczo podkreślić, iż wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie mają na celu wykazania wpływu zamówienia na sytuację finansową Wykonawcy w tym znaczeniu, aby móc stwierdzić, że ewentualne straty na innych kontraktach nie zagrażą realizacji tego zamówienia. Kondycja finansowa Wykonawcy jest przedmiotem badania pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu i służyć ma ocenie, czy sytuacja Wykonawcy pozwala uznać, iż jest on zdolny do wykonania zamówienia, a więc, że znajduje się w sytuacji, która nie zagraża realizacji zamówienia. Oceny tej dokonuje się w oparciu o inne dokumenty, niż wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny, wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, zasadnicza argumentacja X, którą podzielał Zamawiający, nie mogła zmieniać kontekstu oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy.

150. Sygn. akt: KIO 2039/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.

Z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wywieść należy, iż punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, powinno być przede wszystkim: (i) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o VAT; (ii) średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych przez wykonawców. Wskazać należy, że w znowelizowanym brzmieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uprawnił zamawiającego do badania istotnych części składowych cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców. Oznacza to, że w przypadku gdy cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż nie podziela poglądu prezentowanego przez wykonawcę X jakoby Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie był uprawniony do badania i analizowania danego składnika ceny, gdy dany składnik nie pozostaje istotny dla wyceny oferty. W ocenie Izby takie uprawnienie Zamawiający posiada nawet w przypadku, gdy przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy. Ustalenie, czy poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia (a niemające istotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym, może być niezbędne do ustalenia realności całej oferty – jeśli bowiem niektóre usługi zostały niedoszacowane, może się okazać, że niedoszacowana jest cała oferta. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby *de facto* do uniemożliwienia zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy. Ponadto poszczególni wykonawcy mogą mieć odmienne zapatrywania co do istotności bądź jej braku w stosunku do poszczególnych usług czy robót składających się na zamówienia. To wykonawca w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać brak istotności danego elementu na wycenę zamówienia. Gołosłowne twierdzenia o braku istotności danej części zamówienia bez poddania takiego twierdzenia jakiegokolwiek analizie ze strony wykonawcy nie może być uznane za prawidłowe.

Dalej wskazać należy, że wykonawca, oferując cenę za wykonanie zamówienia znacznie poniżej szacunkowej wartości zamówienia określonej przez zamawiającego, winien dowieść bądź to, iż wartość zamówienia (powiększona o VAT) ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania jest błędna, bądź to, że dokonana przez wykonawcę wycena jest ceną rynkową, przy zachowaniu obowiązujących przepisów prawa. Co do zasady należy przyjąć, iż ustalenie wartości zamówienia dokonane przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nastąpiło prawidłowo, przy przestrzeganiu wszelkich reguł i okoliczności obowiązujących w tej sprawie, a więc z należytą starannością.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie kwestionował obliczonej przez siebie wartości zamówienia, nie aktualizował jej wartości. Również wykonawca X nie kwestionował wyceny zamówienia dokonanej przez Zamawiającego na żadnym etapie postępowania przetargowego. Tym samym wykonawca X winien był wykazać Zamawiającemu, że cena jaką zaproponował za realizację zamówienia jest ceną rynkową i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Okoliczność taką wykonawca winien udowodnić. Ustawodawca nakłada bowiem na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowe-

go. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Podkreślić bowiem należy, że wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybieniem na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne, w ocenie Izby jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się do generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

151. Sygn. akt: KIO 1995/17, Wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r.

W ocenie Izby wyjaśnienia [wezwanie do złożenia wyjaśnień – *przyp. red.*] kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego – a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułpkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia (*vide* wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1336/17).

152. Sygn. akt: KIO 1930/17, KIO 1962/17, Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r.

(...) wbrew twierdzeniom Odwołującego, w świetle aktualnego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, dopuszczalne jest ponowne (wielokrotne) wzywanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności jeżeli uprzednio złożone wyjaśnie-

nia wymagają dalszego doprecyzowania czy uszczegółowienia. Należy zauważyć, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o charakterze dość ogólnym do złożenia wyjaśnień, tj. bez wskazania konkretnych elementów do wyjaśnienia, może złożyć wyjaśnienia według wybranej przez niego formuły. Takie wyjaśnienia mogą powodować potrzebę dalszego doprecyzowania bądź uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w pewnym zakresie. Zamawiający ma prawo do wezwania po raz kolejny do wyjaśnień w celu upewnienia się co do budzących jego wątpliwości elementów, co nie jest równoznaczne z możliwością wezwania po raz kolejny do złożenia wyjaśnień, które nie zostały złożone lub świadczą o rażącym charakterze zaoferowanej ceny. Powyższa interpretacja przepisów ustawy Pzp jest zgodna z obowiązującym art. 69 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2”. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest zatem dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie” (tak w wyroku z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15 oraz z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15). (...)

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedstawić dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest rozstrzygnięcie, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia i załączone przez niego dokumenty, które muszą być ocenione przez Zamawiającego w kontekście specyfiki i właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem konkretnego postępowania. W konsekwencji nie można przyjmować automatycznie, że cena poniżej pewnego poziomu czy to w stosunku do cen pozostałych ofert, czy też w stosunku do wartości zamówienia, jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10), w którym wskazał, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame”. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

153. Sygn. akt: KIO 2212/17, Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być

konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami ogólnikowe, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (tak KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16). (...)

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż Przystępujący składając wyjaśnienia w ww. zakresie, ograniczył się jedynie do ogólnych, lakonicznych twierdzeń, często sformułowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, których nie można uznać za sprostanie obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby z treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie sposób wywieść, w jaki sposób Przystępujący skalkulował cenę oferty. Nie bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostaje również fakt, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających, że zaferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, do których dostarczenia Zamawiający wzywał wykonawcę, jak również z treści złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść takich dowodów. Nadto, odnosząc się do argumentacji Przystępującego prezentowanej na rozprawie, iż Zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą kalkulacji cenowej, wskazać należy, iż w opinii Izby powyższe nie może zwalniać wykonawcy z obowiązku przedstawienia założeń kalkulacyjnych w przypadku uruchomienia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż rozważając kwestię ewentualnego wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie nie powinno mieć ono miejsca. Zdaniem składu orzekającego ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.

154. Sygn. akt: KIO 2411/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedle-

nie wprost w treści art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, na wezwany wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaofferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaofferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 października 2017 r. nie były wyczerpujące i nie czyniły zadość wszystkim wymaganiom wynikającym z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 23 października 2017 r. Zwrócić należy uwagę, iż Przystępujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny – pierwsze wezwanie miało charakter ogólny, drugie jednakże dotyczyło już uszczegółowienia konkretnych okoliczności wskazanych przez Przystępującego w piśmie z dnia 8 września 2017 r. Odpowiadając na pierwsze wyjaśnienia Przystępujący nie przedstawił żadnych szczegółowych kalkulacji w odniesieniu do kosztorysu ofertowego, poprzestając wyłącznie na wskazaniu kilku elementów, które w jego ocenie powodowały oszczędność metody wykonania zamówienia i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Przystępujący nie wykazał jednak wpływu tychże okoliczności na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, nie wskazał w sposób mierzalny, jakie oszczędności okoliczności te generują po jego stronie, jak wpływają one na kalkulację poszczególnych pozycji kosztorysu. Jakkolwiek w niniejszym przypadku Izba uznała, że wobec ogólnej treści pierwszego wezwania do wyjaśnień, Zamawiający mógł wezwać Przystępującego do uszczegółowienia otrzymanych wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r., to nie można tracić z oczu tego, że obowiązkiem wykonawcy co do zasady jest udzielenie wyjaśnień konkretnych, kompleksowych, odnoszących się do wszystkich zagadnień wskazanych przez Zamawiającego. W treści drugiego wezwania (pismo Zamawiającego z dnia 23 października 2017 r.) Zamawiający podkreślił konieczność udzielenia odpowiedzi na szereg pytań, które sprowadzały się do doprecyzowania, w jaki sposób na obniżenie kosztów realizacji zamówienia czy oszczędności przy realizacji zamówienia wpływają przedstawione przez Przystępującego okoliczności, takie jak dysponowanie wykwalifikowaną kadrą i nowoczesnym sprzętem, doświadczenie wykonawcy, posiadanie pozwolenia na gospodarowanie odpadami, fakt posiadania własnego węzła betoniarskiego oraz współwłasność wytwórcy mas mineralno-bitumicznych, ceny dostawy materiałów, koszt robocizny. Zamawiający wymagał także przedstawienia szczegółowych kalkulacji pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem cen materiałów przedstawionych w załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 8 września 2017 r., a także przedstawienia kalkulacji w odniesieniu do pozycji kosztorysowych zawartych w ofercie, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji najbardziej cenotwórczych. Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na to wezwanie, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są niekompletne i jedynie częściowo czynią zadość wytycznym wynikającym z wezwania Zamawiającego, a jako takie nie mogą zostać uznane za wystarczające do wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

155. Sygn. akt: KIO 2358/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawcy wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Orzecznictwo wypracowało pogląd, że złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest zrównane z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle, to znaczy w obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu.

Przystępujący nie złożył wyjaśnień potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Pismo z 31 sierpnia 2017 r. w części opisowej zawiera wyłącznie stwierdzenia o charakterze ogólnym, które charakteryzują każdego wykonawcę zainteresowanego zamówieniem i w żaden sposób nie uzasadniają ceny oferty przystępującego, zwłaszcza przy uwzględnieniu, że przystępujący zaoferował zamawiającemu rozwiązania prototypowe. Prace studialne i analizy prowadzić powinien każdy wykonawca działający w tym obszarze rynku, choć ich zakres różnicują doświadczenie i możliwości organizacyjno-finansowe poszczególnych wykonawców. Podobnie każdy wykonawca działający w branży ma wypracowane kontakty techniczno-handlowe. Nie zostało w żaden sposób wykazane w treści złożonych wyjaśnień, że relacje techniczno-handlowe przystępującego mają jakiś szczególny, wyróżniający charakter ani tym bardziej ich znaczenie dla cen komponentów systemów (...). Wiedza co do przeznaczenia i zadań systemu oraz posiadanie wyspecjalizowanej kadry to elementarne podstawy umożliwiającej złożenie oferty, a opisane dodatkowe możliwości treningowe uznać należy za element autopromocji wykonawcy pozostający bez związku z żądaniem zamawiającego złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Nie sposób też powiązać sposobu zagospodarowania poszczególnych elementów systemu w pomieszczeniach z przewagą cenową przystępującego. Blisko 50-letnie doświadczenie X Sp. z o.o. nie zostało bliżej scharakteryzowane, w treści wyjaśnień brak jest podstaw do uznania, że ma ono wpływ na cenę oferty przystępującego.

Konkludując, w ocenie Izby przystępujący w części opisowej wyjaśnień nie powołał żadnych obiektywnych i indywidualizujących go czynników, co powoduje negatywną ocenę wyjaśnień z zastosowaniem dyrektyw wynikających z art. 90 ust. 2 Pzp. Przystępujący nie wykazał ani oszczędności wykonania zamówienia, ani też, że wybrane rozwiązania techniczne lub wyjątkowo sprzyjające warunki dotyczące wykonania zamówienia uzasadniają cenę jego oferty.

Pogląd o niedostateczności wyjaśnień przystępującego wzmacnia również to, że – wbrew wymaganiom zamawiającego – nie przedstawił on szczegółowych kosztów poszczególnych etapów realizacji umowy. Ponadto ocena treści zamieszczonych w pkt 2 tabeli prowadzi do konstatacji, że przystępujący zaniżył liczbę kompletów broni wymaganych w SIWZ. Zamawiający oczekiwał 96 kompletów, a ze złożonych wyjaśnień wynika, że przystępujący wycenił 12 kompletów.

Przystępujący wskazał na rozprawie, że przyjął inne rozumienie pojęcia „komplet”. Jednak treść udzielonych wyjaśnień nie daje podstaw do takiego twierdzenia, to inne rozumienie nie zostało również wyjaśnione na rozprawie ani przez przystępującego, ani przez zamawiającego. Zdaniem Izby zmiana treści lub zakresu przedmiotowego pojęć, które zostały wskazane w SIWZ, jest niedopuszczalna. Art. 82 ust. 3 Pzp stanowi, że oferta powinna być zgodna z SIWZ, zatem zmiana wskazań zamawiającego co do sposobu ustalenia liczby zamawianej broni, ku czemu SIWZ nie dawała podstaw, stanowi również o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

156. Sygn. akt: KIO 2473/17, Wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r.

Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nie-

opłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia zimowego utrzymania dróg.

Ponadto badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie, czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Nie są one spójne i przekonujące, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Co więcej, wyjaśnienia te wskazują, że kwota stała za prace nośnika z pługiem została dodana do ryczałtu miesięcznego dla innej pozycji jako płatnej przez Zamawiającego niezależnie od warunków pogodowych. W żadnym miejscu Przystępujący nie udowodnił, że zaproponowana cena 500 zł nie jest rażąco niska, co więcej sam potwierdził, że nie pokrywa nawet kosztów amortyzacji sprzętu, a sposób jego wyceny na tak niskim poziomie ma na celu obejście postanowień przyszłej umowy. Izba doszła do przekonania, że taki sposób wyceny nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 15 SIWZ cenę oferty należało wyliczyć w oparciu o Formularz cenowy, dalej „Formularz”, wraz z tabelą wartości elementów scalonych. Wykonawca zobowiązany był określić wartości netto dla wszystkich wymienionych pozycji, a obliczając cenę oferty, musiał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu. Cena musiała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Ponadto, zgodnie z § 4 wzoru umowy, podstawą do rozliczenia wykonanej usługi miały być ceny jednostkowe zawarte m.in. w przedłożonych do oferty kosztorysach ofertowych. Przyjęto, że wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych wszystkie koszty wynikające z wymagań umowy, a niezbędne do realizacji przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Oznacza to, że Zamawiający oczekiwał określenia ekwiwalentu za świadczenie, za pewnego rodzaju usługi, które mogą stanowić odrębny przedmiot zamówienia. Natomiast sam Przystępujący przyznał, że w istocie nie dokonał pełnej wyceny tego świadczenia, wskazując jednocześnie, że dodał cenę do innej pozycji Formularza. Próżno szukać takiego postanowienia SIWZ, które umożliwiłoby przeniesienie wyceny z jednej pozycji do drugiej Formularza. Niezależnie od tego, powyższe nie mieściłoby się w granicach prawa. Oceniając zaś wyjaśnienia Przystępującego, należy wskazać, że potwierdziły one, że zaferowana cena nie ma charakteru realistycznego. Wymaga podkreślenia, że nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SIWZ jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym wykonawcy, którzy przerzuciliby koszty jednej pozycji do drugiej w Formularzu, byłiby w lepszej sytuacji, gdyż, jak przyznał sam Przystępujący, pewną część kosztów należałoby uwzględnić w pozycji, która nie jest obciążona ryzykiem zmniejszenia wpływów wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Tym samym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem zastosowana inżynieria cenowa nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, a ponadto prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonaw-

ców, faworyzując sposób kalkulacji ceny Konsorcjum. Zatem Zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał oceny wyjaśnień Przystępującego, faworyzując tego wykonawcę, co potwierdza naruszenie przez niego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

157. Sygn. akt: KIO 2559/17, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2017 r.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez Odwołującego, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaofiarowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucenia oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11). (...)

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzetelności i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaofiarowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje istotne z punktu kalkulacji zaofiarowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób

kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną cenę uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obecnie ustawodawca przesądził tę okoliczność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i ma to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty.

158. Sygn. akt: KIO 2509/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.

Przystępujący mógł w bardzo prosty sposób udowodnić twierdzenia zawarte w odpowiedzi na wezwanie – załączając stosowne dowody. Przystępujący jednak tego nie uczynił ani w odpowiedzi na wezwanie, ani podczas rozprawy, mimo deklaracji, że takie dowody posiada. W tym miejscu Izba wskazuje, że ustawa Pzp przewiduje możliwości zabezpieczenia się przed ujawnieniem niektórych dokumentów czy informacji poprzez ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący również i z takiej tajemnicy nie skorzystał. Tym samym wobec braku konkretnych danych ocena zasadności zaoferowanej przez Przystępującego ceny jest niemożliwa. Twierdzenia niepoparte żadnymi dowodami pozostają gołosłownymi twierdzeniami. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność (...)” (vide: wyrok z dnia 29.04.2016 r. sygn. KIO 596/16). Izba wskazuje również, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie potrzebował on dowodów, lecz wystarczyło mu zapewnienie, że cena oferty została dobrze skalkulowana, jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie Izby: „Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego

sprzętu, czy wreszcie marzę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” (vide wyrok Izby z dnia 4.10.2016 r. sygn. KIO 1709/16).

Art. 91 ust. 2

159. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela pogląd, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji może mieć charakter nie tylko bezpośredni, a także pośredni, przez takie sformułowanie kryteriów, które, choć nie wprost, wskazują na preferencję w wyborze konkretnego Wykonawcy (por. wyrok KIO z 18.12.2014 r. sygn. akt KIO 2559/14, wyrok SO w Krakowie z 27.06.2012, sygn. akt XII Ga 152/12). Jednocześnie istotnym jest, że treść SIWZ musi być przez Zamawiającego ustalona w sposób obiektywny, uzasadniony jego potrzebami i przeznaczeniem danego przedmiotu zamówienia. Natomiast ocena tego, czy wymogi Zamawiającego są uzasadnione zależy od okoliczności faktycznych danego przypadku, zaś Zamawiający winien potrafić wykazać swoje uzasadnione potrzeby w tymże zakresie. Nie da się ustalić ogólnego katalogu czy sztywnego standardu, według którego dany wymóg będzie po- czytywany za nadmierny, a kiedy za takowy uznany nie będzie, gdyż jak w przypadku wielu zasad ogólnych, również zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale również nieostry, więc każdą ocenę możliwego naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. należy przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji ukształtowanej treścią dokumentacji danego postępowania.

Wykonawca powołujący się na naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania, winien wykazać adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy przyjętą treścią (a w tym przypadku również podnoszoną przez Odwołującego wagą) kryterium oceny ofert a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym, nieuzasadnionym obiektywnymi i uzasadnionymi czynnikami, zmniejszeniu szansy Wykonawcy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że zawsze określenie kryteriów oceny ofert będzie jakiś podmiot preferować – kryterium cenowe – Wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania – Wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe – Wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Okoliczności te należy uznać za notoryjne, wynikają one bowiem z naturalnej konkurencji rynkowej. W konsekwencji samo określenie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą i nie narusza zasady określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż właśnie na tym polega wybór oferty najkorzystniejszej – najwyższej ocenionej w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Jest to zbieżne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako takim – celem tym jest wybranie optymalnego dłużnika, a więc podmiotu, który optymalnie z perspektywy Zamawiającego w konkretnych realiach ekonomicznych zrealizuje przyjęte zobowiązanie. (...)

Uwadze Odwołującego uszło, iż wiodącym elementem przy próbie wykazywania dyskryminacji pośredniej w pozacenowym kryterium oceny ofert jest wykazanie, że obecny kształt kryterium powoduje, że faktycznie ogranicza ono konkurencję, a przynajmniej stanowi o utracie bądź znacznym i nieuprawnionym zmniejszeniu szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący skoncentrował się natomiast na postulatach modyfikacji kryterium w korzystny dla oferowanego przez niego produktu sposób, zaś same naruszenie zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej przez pryzmat treści i wagi kryterium „Parametry techniczne nr 1”, zeszło

na dalszy plan, pozostając w sferze deklaracji bez realnego ich powiązania ze stanem faktycznym sprawy. W związku z powyższym Izba nie mogła przyjąć wykazania ani nawet uprawdopodobnienia, że zachodzi adekwatny związek przyczynowy pomiędzy określeniem kryterium na poziomie 20 punktów a brakiem możliwości uzyskania zamówienia czy choćby zmniejszenia szansy na jego uzyskanie przez Odwołującego.

Rozważając tę kwestię należy zauważyć, iż uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń Wykonawcy, przesuając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na Zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradictoryjny charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 k.c. Odwołujący zatem winien był udowodnić zasadność podnoszonych zarzutów lub choćby podjąć próbę skonstruowania domniemania faktycznego, które świadczyłoby o ich zasadności. Takiej próby w sprawie Odwołujący nie podjął.

160. Sygn. akt: KIO 2525/17, KIO 2529/17, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2017 r.

W ocenie Izby wymogów dotyczących osiągnięcia określonego poziomu recyklingu nie można uznać za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w ustaleniu kryterium oceny ofert dotyczących tego poziomu nie można dopatrzeć się naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Podkreślenia wymaga, że osiągnięcie poziomów recyklingu jest obowiązkiem prawnym gminy, która ponosi konsekwencje finansowe w przypadku ich nieosiągnięcia. Zamawiającemu zostało powierzone do realizacji zadanie własne W. i określone zostały obowiązki wynikające z tego powierzenia. Wobec powyższego oczywistym jest, że Zamawiający wymaga od wykonawców realizujących zamówienie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, a przerzucenia tego obowiązku na wykonawców nie sposób uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp. Jak wskazał Zamawiający, umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego jest ściśle powiązana z warunkami ww. powierzenia i Zamawiający musi w jej ramach uwzględnić nałożone na siebie obowiązki, które umożliwią mu jego prawidłową realizację. Określony w SIWZ obowiązek jest więc podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie teza, jakoby osiągnięcie określonego poziomu recyklingu zależało jedynie od sposobu segregacji odpadów przez mieszkańców. Odwołujący nie przedstawili żadnych dowodów podważających stanowisko, że to od zaawansowania technologicznego instalacji, w której będą zagospodarowywane odpady zależy, ile odpadów surowcowych będzie można odzyskać, a następnie przekazać do recyklingu. Jak wskazano w złożonym przez Zamawiającego piśmie Ministerstwa Środowiska z dnia 26 czerwca 2015 r., mając na uwadze konieczność osiągnięcia wymaganych przepisami unijnymi poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia oraz odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, w systemie gospodarki odpadami komunalnymi powinny funkcjono-

wać instalacje umożliwiające efektywną i pełną realizację wyżej opisanych celów, które zapewnią bezpieczne i zgodne z przepisami przetworzenie odpadów komunalnych, a także w pełni zrealizują hierarchię sposobów postępowania z odpadami.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego X, że minimalne poziomy recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia wyznaczone zostały w sposób sprzeczny z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych [(Dz. U. z 2016 r. poz. 2167) – *przyp. red.*]. Podkreślenia wymaga, że rozporządzenie to określa poziomy recyklingu, których osiągnięcie w poszczególnych latach jest obowiązkiem gminy, należy je więc traktować jako minimalne, co jednak nie oznacza zakazu wyznaczenia w tym zakresie celu przekraczającego minima określone w rozporządzeniu i nie może być utożsamiane ani z naruszeniem przywołanego wyżej rozporządzenia, ani przepisów ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przepisów ustawy w przyjęciu poziomu recyklingu jako jednego z kryteriów oceny ofert. Bez wątplenia jest to kryterium związane z przedmiotem zamówienia, związek pomiędzy zagospodarowaniem odpadów komunalnych a osiągnięciem określonego poziomu recyklingu nie budzi bowiem żadnych wątpliwości. Nie sposób również zakwestionować, że poziom recyklingu jest istotny z punktu widzenia Zamawiającego i przekłada się bezpośrednio na jakość oferty. Wobec wynikającej z wymogów unijnych konieczności systematycznego podwyższania osiąganego poziomu recyklingu należy uznać, że oferta na zagospodarowanie odpadów jest tym korzystniejsza pod względem jakościowym, im wyższy jest poziom recyklingu, do osiągnięcia którego wykonawca się zobowiązuje. Zauważyć również należy, że art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wprost wymienia aspekty środowiskowe jako dopuszczalne kryterium oceny ofert.

Nie mogło świadczyć o zasadności zarzutu podejrzenie Odwołującego, że kryterium odnoszące się do poziomu recyklingu będzie powodować składanie ofert nierealnych, w których wykonawcy będą deklarować poziom niemożliwe do osiągnięcia. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że ryzyko tego rodzaju istnieje w zasadzie w przypadku każdego kryterium jakościowego, jednak oferty każdorazowo, na właściwym etapie postępowania, podlegają ocenie m.in. pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a Zamawiający będzie zobowiązany do wyeliminowania ofert, w których wskazano nierealne poziomy recyklingu w celu podwyższenia punktacji.

Art. 91 ust. 2d

161. Sygn. akt: KIO 1747/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.

Ostatnim z zarzutów wprost podtrzymanym na posiedzeniu był zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne, wzajemnie się wykluczające, określenie w różnych dokumentach składających się na siwz wymagań związanych z przyznawaniem punktów w kryterium społecznym „zatrudnienie bezrobotnych” i ograniczenie możliwości uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium wykonawcom, którzy zatrudniają bezrobotnych niebędących mieszkańcami T. i niezarejestrowanych w tamtejszym Powiatowym Urzędzie Pracy (rozdział XV lit. E siwz). Oddalając w tym zakresie odwołanie, Izba miała na uwadze cel, jaki chciał osiągnąć Zamawiający wprowadzając takie kryterium oceny ofert, tj. aktywację osób bezrobotnych z obszaru swojej gminy. Można zatem powiedzieć, iż kryterium społeczne zostało ograniczone do lokalnej społeczności, co wydaje się uzasadnione obiektywnie tym, aby efekt zamówienia miał również przełożenie na poprawę sytuacji mieszkańców, na potrzeby których zamówienie to będzie realizowane. Nie można kryterium wskazanego w siwz oceniać jako dyskryminującego wykonawców, gdyż nie ma ono na celu zbadania ich

zdolności i możliwości pozyskania pracowników czy też ubiegania się o zamówienie. Nie jest to mechanizm służący ograniczeniu dostępu do zamówienia, gdyż dotyczy możliwego do osiągnięcia efektu zamówienia na poziomie społecznym. Przedstawiona na rozprawie informacja o stanie i strukturze bezrobocia na lokalnym rynku pracy wg. stanu na dzień 30 czerwca 2017 r. Powiatowego Urzędu Pracy w T. prezentuje liczbę bezrobotnych z podziałem na Miasto i Powiat T., z którego wynika, iż największa liczba bezrobotnych występuje na obszarze Miasta (1757 osób), a w całym powiecie tarnobrzeskim na liczbę 1944 osób, najwięcej bezrobotnych zostało zarejestrowanych w MiG N. (634 osoby). Przenosząc te dane na opis kryterium, w którym najwyższą liczbę punktów otrzymać może Wykonawca, który zatrudni 3 osoby bezrobotne zamieszkałe w T., nie wydaje się, aby kryterium stanowiło rzeczywistą barierę dla Wykonawców w pozyskaniu pracowników, którzy mieliby świadczyć usługę na terenie miejsca zamieszkania. Kwestie związane z organizacją pracy pozostawione zostały Wykonawcy, tak aby mógł w sposób rzetelny i odpowiedzialny złożyć deklarację co do możliwości zatrudnienia bezrobotnych mieszkańców T.

Art. 91 ust. 3

162. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne, jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy). Wskazać należy, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku, jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku [*ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – przyp. red.*], w wyniku których o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebom w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas.

Art. 92 ust. 1**163. Sygn. akt: KIO 1278/17, KIO 1279/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r.**

Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania (czy o odrzuceniu oferty) wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy termin ten zacznie ewentualnie dopiero biec, gdy Zamawiający – w wyniku powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego – dojdzie do takich lub innych wniosków przemawiających za odrzuceniem jego oferty i poinformuje Odwołującego pisemnie o powodach prawnych i faktycznych podjętej przez siebie decyzji, rzutującej na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

164. Sygn. akt: KIO 1647/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.

(...) zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, w jego aktualnym brzmieniu nadanym mu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 r. [ustawa z dnia 2 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – *przyp. red.*], zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania o czynnościach wskazanych w pkt 1–7. Obowiązek taki występował w stanie prawnym przed nowelizacją Pzp z 2016 r., zgodnie z którym zamawiający jednocześnie zawiadamiał wykonawców (a więc w jednym momencie) o wyborze danej oferty jako najkorzystniejszej oraz o ewentualnym wykluczeniu innych wykonawców bądź odrzuceniu tak zakwalifikowanych ofert. Obecnie zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców niezwłocznie o okolicznościach wskazanych w pkt 1–7, a zatem o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni lub o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, jednakże z przepisu tego nie wynika, że taka ocena ma być dokonana w tym samym czasie w stosunku do każdej z ofert. To oznacza, że w ramach danego postępowania zamawiający może kilkakrotnie informować wykonawców – kolejno o poszczególnych podejmowanych decyzjach, np. o wykluczeniu danego wykonawcy, potem o odrzuceniu oferty kolejnego wykonawcy, wykluczeniu innego wykonawcy, a na koniec dopiero o wyborze oferty najkorzystniejszej.

165. Sygn. akt: KIO 1782/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Treść powyższego przepisu stanowi wyraz zasady jawności, transparentności, przejrzystości i uczciwej konkurencji, obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno przedstawiać wszystkie przyczyny, które legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość oceny wskazanych przez zamawiającego uchybień i ewentualnego odniesienia się do nich w ramach środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy, umożliwiając tym samym odpowiednio kontrolę prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

W badanym stanie faktycznym Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, podając w uzasadnieniu faktycznym jedynie lakoniczne stwierdzenie, że wykonawca zaoferował obsługę posterunku ochrony w czasie 21 godzin na dobę, bez jednoczesnego szczegółowego wyjaśnienia okoliczności, na podstawie których przyjął powyższą ocenę oświadczeń złożonych przez Odwołującego w ofercie.

166. Sygn. akt: KIO 1785/17, Wyrok KIO z dnia 13 września 2017 r.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że ustawodawca treścią art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o punktacji przyznanej ofertom, w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, wskazywanej czynności. Izba stwierdziła, że z treści powołanego przepisu wprost wynika, że Zamawiający nie powinien ograniczać się jedynie do podania „suchych liczb”, w każdym z opisanych kryteriów oraz łącznej punktacji, którą uzyskała dana oferta, ale powinien szczegółowo opisać wszystkie okoliczności, związane z uzyskaniem przez wykonawcę, określonej liczby punktów w danym kryterium. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości, że taki opis powinien zawierać także dokładny opis powodów nieprzyznania, określonej liczby punktów, w ramach danego kryterium.

W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że treść informacji z 18 sierpnia 2017 r. nie spełnia wymagań art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ w jej treści, nie podano jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, odnoszącego się do punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium DPW [*Doświadczenie personelu Wykonawcy – przyp. red.*]. Zamawiający w treści pisma podał jedynie liczbę punktów przyznaną ofercie wykonawcy X, nie wyjaśniając przy tym powodów, nie uwzględnienia całego doświadczenia wykazywanego przez wykonawcę w złożonej ofercie.

167. Sygn. akt: KIO 1858/17, Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy – podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty – powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela – mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Odwołujący nie był w stanie sformułować w swoim odwołaniu – zarzutów kwestionujących prawidłowość odrzucenia jego oferty – z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawia-

jąc odwołującego możliwości obrony oferty, która bez dokonanej korekty, byłaby najkorzystniejsza (...).

168. Sygn. akt: KIO 1895/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.

(...) Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie podał uzasadnienia faktycznego w zakresie przydzielonej odwołującemu punktacji w kryterium „Doświadczenie Kierownika robót drogowych”. Samo podanie liczby przydzielonych punktów, w tym przypadku „0”, nie wyjaśnia intencji zamawiającego, dlaczego, tj. z jakich powodów zamawiający nie przyznał żadnych punktów ofercie, w tym kryterium oceny ofert. Tym samym odwołujący pozbawiony został możliwości ustalenia, a co za tym idzie zamawiający uniemożliwił odwołującemu, skutecznego zapoznania się ze stanowiskiem zamawiającego, w konsekwencji zamawiający uniemożliwił odwołującemu podważenie tej czynności zamawiającego, w sytuacji, kiedy taka okoliczność zaistnieje. W przedmiotowym postępowaniu ta czynność zamawiającego miała kolosalne znaczenie dla sytuacji prawno-faktycznej odwołującego, albowiem odwołujący nie mógł wprost podnosić zarzutów, a czynił powyższe jedynie przewidując, dlaczego zamawiający postąpił w taki sposób. Z całą mocą należy podkreślić, że nie jest zadaniem wykonawcy, domyślanie się intencji zamawiającego. Wprost przeciwnie, to na zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnego i zupełnego wyjaśnienia okoliczności, podania uzasadnienia faktycznego, jakimi przesłankami i na jakiej podstawie zamawiający przyznał wykonawcy określoną liczbę punktów, w tym jakie doświadczenie zaliczył do punktacji, a jakiego doświadczenia nie uwzględnił i dlaczego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uchybił temu obowiązkowi.

169. Sygn. akt: KIO 2498/17, Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2017 r.

W niniejszej sprawie Zamawiający w piśmie z dnia 17.11.2017 r., którym poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazał podstawę prawną tej czynności – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując przy tym, iż podanie dwóch cen jednostkowych było niezgodne z treścią załącznika 2b do SIWZ. Ponadto opisał, co dokładnie w załączniku 2b winno być się znaleźć oraz co zawarł w nim Odwołujący.

Należy uznać, iż mimo informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była szczególnie obszerna, to jednak zawierała wymagane prawem elementy. Zamawiający przedstawił stan faktyczny oraz okoliczności, które doprowadziły do powstania przekonania o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, jak również podstawę prawną odrzucenia. Odwołujący podnosi, iż informacja o odrzuceniu oferty powinna określać przyczyny decyzji Zamawiającego, by wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich w odwołaniu.

W niniejszej sprawie Odwołujący wprost odnosi się do przyczyn odrzucenia podanych w ww. informacji z dnia 17.11.2017 r., należy zatem uznać, że informacja ta spełniła wymogi Odwołującego w tym zakresie.

170. Sygn. akt: KIO 2563/17, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2017 r.

Odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego dowiedział się o podstawie wykluczenia go z Postępowania, tj. o okoliczności, która – w ocenie Zamawiającego – uzasadniać miała wniosek o niewykazaniu spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Działanie takie stanowi nie tylko naruszenie obowiązku podania podstawy faktycznej wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (*vide* art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp), ale narusza również przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Na jego gruncie wykształcił się w orzecznictwie Izby pogląd, który skład orzekający podziela, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu powinno mieć charakter precyzyjny i kompletny. Oznacza to, że w sytuacji, w której zamawiający

stwierdza, że dokument obarczony jest błędami, jego obowiązkiem jest wskazanie wszystkich takich nieprawidłowości. *Ad casum* wezwanie z 23 sierpnia 2017 r. wskazywało li tylko na niewłaściwą datę dokumentu i w tym kontekście Zamawiający wezwał Odwołującego do jego uzupełnienia. Zamawiający nie odniósł się w wezwaniu do innych niż data elementów treści złożonej mu opinii bankowej z 4 maja 2017 r., wobec czego – nawiązując do pisemnego stanowiska Wykonawcy X (pkt II.c pisma procesowego) i mając na uwadze treść wezwania – można stwierdzić, że Zamawiający jednoznacznie wezwał wyłącznie do złożenia dokumentu z aktualną datą. *Ergo* zasadne jest wyeliminowanie z Postępowania takiej czynności, o czym Izba orzekła w pkt 1.3 sentencji wyroku.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

171. Sygn. akt: KIO 1273/17, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2017 r.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp daje zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej. Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia należy oceniać jako wyjątek do zasady realizacji zamówienia publicznego za kwotę podaną bezpośrednio przed otwarciem ofert. Podkreślić należy, że ewentualne zwiększenie kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, który jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma prawo zdecydować, czy zwiększenie środków przeznaczonych na realizację zamówienia jest celowe i gospodarne. Decyzję tę podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych do jakich realizacja danego zamówienia publicznego jest dla niego opłacalna. Przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym zwiększeniu środków przeznaczonych na realizację zamówienia, zamawiający musi mieć na uwadze nadrzędne dyrektywy, wynikające z ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którymi dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów (art. 44 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2016 r, poz. 1870 ze zm.)). Podkreślić należy, że kontrola gospodarowania środkami publicznymi nie leży w gestii uczestników postępowania o zamówienie publiczne, a organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008, sygn. akt XIX Ga 131/08). Zamawiający ma zatem pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. *A contrario* zamawiający nie jest zobligowany do podjęcia jakichkolwiek działań celem zwiększenia kwoty ponad kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia publicznego. Skoro zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia leży w wyłącznej gestii zamawiającego, to odmowa zwiększenia tej kwoty nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń.

172. Sygn. akt: KIO 1565/17, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.

W świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie dostrzec należy, że mocą przepisu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania co do zasady w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast obowiązek ten może odpaść w sytuacji, w której zamawiający będzie mógł przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę, odpowiadającą cenie oferty najkorzystniejszej lub z najniższą ceną.

W ocenie Izby, zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Powyższe wynika z analizy przedmiotowych przepisów. Po pierwsze dostrzec należy, że obowiązkiem zamawiającego jest podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rzeczoną kwotę zamawiający zobowiązany jest ustalić, zabezpieczyć i wydatkować na realizację zamówienia (udzielić zamówienia), jeśli cena oferty najkorzystniejszej mieści się w jej ramach.

Zdaniem Izby, obowiązek ten nie ulega modyfikacji w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej czy też oferta z najniższą ceną przekracza tę wartość. Gdyby bowiem przyjąć takie stanowisko, przepis art. 86 ust. 3 ustawy Pzp pozostawałby martwy, bowiem w istocie nie miałoby znaczenia, jaką kwotę zamierzał zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż obowiązkiem zamawiającego byłoby w konsekwencji poszukiwanie kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną i tylko brak środków po stronie zamawiającego mógłby uzasadniać unieważnienie postępowania.

Powyższe konstatacja pokazuje, że istnieje kolejny argument, który nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający ma co do zasady obowiązek podwyższyć tę kwotę, chyba że wykáže, iż nie ma takich możliwości. Otóż gdyby przyjąć przedmiotowy obowiązek zamawiającego oznaczałoby to, że w istocie zamawiający pozostaje ograniczony w wydatkowaniu środków publicznych i kreowaniu strategii własnej działalności, choć to on jest dysponentem tych środków i odpowiada za ich wydatkowanie. Taka interpretacja jest, zdaniem Izby, nie do przyjęcia, bowiem dochodziłoby do sytuacji, w której zamawiający planując wydatkowanie określonej kwoty na konkretne zamówienie w istocie nie miałby pewności, czy kwoty tej nie musiał będzie zwiększyć w przyszłości i w jaki sposób w efekcie planować działalność. Okazałoby się bowiem, że w dużym stopniu w tej sytuacji wpływ na wydatkowanie środków finansowych mają wykonawcy, którzy oferują cenę na określonym poziomie, a zamawiający zobowiązany jest do podejmowania wszelkich czynności, żeby tę ofertę przyjąć. Zdaniem Izby, taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia. To zamawiający planuje wydatkowanie środków publicznych i winien to czynić również w ramach kryterium racjonalności i to on, właśnie w ramach tej racjonalności, jest uprawniony do określenia, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeśli uzna, że kwotę tę można podwyższyć, bo jest to racjonalne i ma na ten cel środki, to wtenczas ma taką możliwość, ale jest to uprawnienie zamawiającego, pozostające poza kontrolą wykonawców.

Za zaprezentowaną wykładnią powołanych przepisów przemawia również wykładnia historyczna oraz *ratio legis* przedmiotowych przepisów. Otóż ustawodawca, wprowadzając rzeczne przepisy, dążył do zapewnienia wykonawcom gwarancji, wprowadzając obowiązek zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, że nie będzie dochodziło do dowolnego unieważniania postępowań, bowiem jeśli cena oferty najkorzystniejszej czy oferta z najniższą ceną będzie się mieściła w tej kwocie, to wtenczas zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia. Jednocześnie ustawodawca dał możliwość zamawiającym zabezpieczenia się przed unieważnieniem postępowania w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia poprzez podwyższenie kwoty pierwotnie planowanej na realizację zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie miał obowiązku podwyższenia kwoty, jaką zmierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, zatem zarzut, iż zaniechał powyższego należy uznać za nieuzasadniony. Nawet gdyby przyjąć za poprawne stanowisko Odwoływającego, że Zamawiający winien rozważyć, czy posiada możliwość zwiększenia tej kwoty, to uznać należy, że w niniejszej sprawie, wbrew twierdzeniom Odwoływającego, Zamawiający to uczynił, dał bowiem temu wyraz w piśmie z dnia 18 lipca 2017 r. informując wykonawców, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast w żadnym razie Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania, że istnieje przeszkoda uniemożliwiająca mu podwyższenie tej kwoty. To by bowiem oznaczało, o czym była mowa wyżej, że w istocie zamawiający winien sprostać potrzebom finansowym wykonawców, niezależnie od swoich planów i zamierzeń finansowych. Raz jeszcze należy podkreślić, że to nie do wykonawców należy ocena, czy zamawiający posiada możliwości finansowe, aby sfinansować zamówienie, którego koszt realizacji przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na jego realizację. Dysponentem i osobą odpowiedzialną za wydatkowanie środków publicznych jest zamawiający i to on powinien w tej mierze podejmować wiążące decyzje, natomiast ustawodawca w tym przedmiocie uprawnień kontrolnych wykonawcom nie przyznał.

Izba nie podziela twierdzeń Odwoływającego, że brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, niezależnie od tego, że badanie tych możliwości pozostaje poza kontrolą wykonawców, a także Izby, winien być oceniany przez pryzmat porównania kwoty, którą zamawiający dysponuje na realizację zamówienia z ceną odpowiadającą rzeczywistemu kosztowi wykonania zamówienia. Odwoływający nie wskazał, bo też okoliczność ta nie wynika z żadnych przepisów prawa, aby zamawiający winien kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ustalić na poziomie odpowiadającym realnej wartości zamówienia. Jakkolwiek wydaje się to racjonalne, to na próżno poszukiwać takiego obowiązku.

Ustawodawca uregulował bowiem jedynie kwestię szacowania wartości zamówienia, dając narzędzia i wytyczne w tym względzie, natomiast nie uczynił tego w odniesieniu do kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. To oznacza, że ustawodawca pozostawił w tym względzie swobodę zamawiającym. Jakkolwiek częstokroć zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia kwotę odpowiadającą szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, to jednakże podstawy normatywnej do takiego działania nie ma. Stąd też powszechnie akceptowany jest zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie pogląd, że jakkolwiek szacunkowa wartość zamówienia przynajmniej winna realny koszt zamówienia odzwierciedlać, to brak korelacji pomiędzy tą wartością a kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji jest możliwe, aby kwota przeznaczona na realizację zamówienia była niższa od szacunku.

Zarzut Odwoływającego, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest rażąco zaniżona względem ceny rynkowej zamówienia w istocie nie poddaje się ocenie. Sam Odwoływający bowiem formułując ten zarzut, nie wskazał przepisu prawa, z którego wynikałby nakaz dla zamawiającego, aby kwota przeznaczona na realizację zamówienia odpowiadała warunkom rynkowym i w jaki sposób ewentualnie zamawiający ma ustalać te warunki rynkowe. W istocie z twierdzeń Odwoływającego wynika, że warunki rynkowe odpowiadają ofercie z najniższą ceną, ale to by oznaczało, że zamawiający nie może ich ustalić przed otwarciem ofert i w istocie zawsze związany jest ceną dyktowaną przez wykonawcę, co nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę uprawnienie i jednocześnie obowiązek zamawiającego do określenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji przyjąć należy, że okoliczności faktyczne nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia, skoro brak normatywnego wzorca, w oparciu o który, należałoby ustalać kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

173. Sygn. akt: KIO 2032/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Z powyższego wynika, że zasadą jest unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena oferty przewyższa cenę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Jednocześnie przepis ten zawiera wyjątek, tj. przewiduje możliwość zwiększenia przez zamawiającego kwoty, jaką przeznaczy na realizację zamówienia. Użyte w powołanym przepisie ustawy słowo „może” oznacza taką możliwość, a zatem jest to uprawnienie, nie zaś obowiązek Zamawiającego. Decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego. Badanie takiej decyzji nie podlega kognicji Izby. Po pierwsze z tego względu, że żaden przepis prawa nie przyznaje Izbie kompetencji do badania możliwości finansowych Zamawiającego. Po drugie dlatego, że finanse Zamawiającego i sposób wydatkowania przez niego środków podlega regulacjom innych ustaw i to Zamawiający (nie zaś Izba) jako jednostka jest zobowiązany do podejmowania decyzji w zakresie wydatkowania środków.

Trafnie zauważył pełnomocnik Zamawiającego, że Zamawiający podejmuje w tym zakresie decyzję w oparciu o różne okoliczności. Jako jednostka odpowiedzialna za dysponowanie środkami publicznymi, Zamawiający odpowiada za racjonalne wydatkowanie środków publicznych, a więc zobowiązany jest do ostrożnej oceny, czy zasadne z punktu widzenia oszczędności i racjonalności jest wydatkowanie dodatkowych funduszy. Zamawiający ma możliwość dokonania oceny, z jakich powodów wartość, jaka została przewidziana na realizację zamówienia, jest niewystarczająca. Zamawiający ma także możliwość rewizji swoich przedsięwzięć, ewentualnie możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim dokonania oceny, czy konieczne i uzasadnione jest wydanie na realizację zamówienia kwoty wyższej niż została przez Zamawiającego przewidziana. Jest to zatem szereg decyzji i analiz, które może dokonać tylko i wyłącznie Zamawiający i w zakresie których posiada swobodę.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 694/15, zgodnie z którym: „Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. (...)

W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko Odwołującego wyrażone w trakcie rozprawy, zgodnie z którym, jeżeli w innych postępowaniach Zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym postępowaniu powinien je zwiększyć.

174. Sygn. akt: KIO 2451/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa

kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie, muszą wystąpić dwie przesłanki: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz istnienie okoliczności uniemożliwiającej zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to kwota, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy pzp, podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjmując ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Jest to bardzo istotna gwarancja legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. [ustawą 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.*] zamawiający jest również zobowiązany do niezwłocznego zamieszczania na stronie internetowej, w oparciu o art. 86 ust. 5 ustawy pzp, informacji z otwarcia ofert, gdzie również podaje się kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast cena oferty, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, to wynagrodzenie wykonawcy wynikające ze złożonej oferty i odnoszące się do całego zakresu świadczenia opisanego przez zamawiającego w SIWZ, do wykonania którego zobowiązuje się wykonawca, składając ofertę. W myśl art. 93 ust. 2 ustawy pzp zamawiający jest uprawniony dokonać czynności unieważnienia poszczególnych części zamówienia. Uprawnienie to koresponduje z dyspozycją art. 32 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych – każda z nich stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia będzie kwota założona na realizację danej części zamówienia nie zaś kwota całego zamówienia. Zaznaczyć należy, że poszczególne części zamówienia są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej oraz pewne jej elementy. Wartość łączną części zamówienia szacuje się wyłącznie w celu ustalenia progów stosowania odpowiednich przepisów. Na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany jest oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane są odrębne umowy. Odrębnie dla każdej części ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający powinien podać kwotę, jaką planuje przeznaczyć nie tylko na całość zamówienia, ale również na jego poszczególne części (...).

Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i wtedy przesłanka unieważnienia nie wystąpi. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu jest to uprawnienie zamawiającego. Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwiał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków (tak też w: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15).

Art. 93 ust. 1 pkt 6**175. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.**

Z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp wynikają następujące przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby zaistniała ta podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia: po pierwsze – wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która, po drugie – spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego, po trzecie – nie można było przewidzieć.

W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców do uzyskania zamówienia. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny wykonawcy podlegać muszą weryfikacji w celu ustalenia, że na gruncie danego stanu faktycznego przesłanka unieważnienia postępowania zaktualizowała się.

Przy czym przez interes publiczny należy rozumieć korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących zamawiających, realizowanych w drodze świadczenia usług użyteczności publicznej zaspokajających potrzeby społeczne w takich dziedzinach, jak: ochrona zdrowia, oświata, kultura, porządek publiczny, transport zbiorowy etc. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem danego zamawiającego.

Co do istotnej zmiany okoliczności zasadny jest pogląd, że stanowi ona kategorię o charakterze obiektywnym, ściśle powiązaną z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, że dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, którego realizacji miało służyć to postępowanie.

Odwołanie należało uznać za zasadne już z tego powodu, że w uzasadnieniu podjętej decyzji Zamawiający w ogóle nie odniósł się do trzeciej przesłanki, czyli dlaczego dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia miałyby nie leżeć w interesie publicznym. Na rozprawie okazało się, że według Zamawiającego samo wskazanie, że w chwili podejmowania decyzji nie ma środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia w 2018 r. ma wskazywać na spełnienie tej przesłanki, czego nie był jednak w żaden sposób w stanie rozwinąć. Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamia kwestię niedysponowania środkami finansowymi na realizację zamówienia z brakiem interesu publicznego w jego udzieleniu i realizacji. Umknęło uwadze Zamawiającego, że co do zasady brak środków finansowych na realizację zamówienia stanowi odrębną podstawę unieważnienia postępowania i to wyłącznie w sytuacji, w której oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp), względnie w szczególnych sytuacjach, o których mowa w art. 93 ust. 1a i 1b pzp. Natomiast wypełnienie przesłanki wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp musi polegać na tym, że wykonanie zamówienia, czyli w tym przypadku realizacja dostaw objętych przedmiotowym postępowaniem, nie leży z jakichś powodów, które należało sprecyzować, w interesie publicznym.

Art. 93 ust. 1 pkt 7**176. Sygn. akt KIO 1893/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r.**

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Z aktualnego brzmienia tego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która jednocześnie, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto bowiem konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny.

Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających.

Z kolei art. 146 pzp zawiera aktualnie w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia na umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 pzp ma zatem wyłącznie Prezes UZP.

Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych, jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Pomimo, że od strony podmiotowej jako adresata normy wskazano wyłącznie Prezesa UZP, nie sposób przyjąć, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Taka interpretacja prowadziłaby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w przeważającej części trafnie przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowania z powołaniem się na normę art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp – uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni uwzględnić okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie mogą zapobiec ich zawarciu dzięki uprzedniemu unieważnieniu prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Z kolei choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań

o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 pzp.

177. Sygn. akt KIO 1869/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.

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

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

178. Sygn. akt KIO 2055/17, KIO 2063/17, Wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r.

Izba ustaliła, iż Zamawiający rozpoczął badanie ofert złożonych w postępowaniu, nie zakończył jednak ich oceny, gdyż podjął decyzję o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., z uwagi na stwierdzoną wadę tkwiącą w tym postępowaniu (w SIWZ i wadliwych jej modyfikacjach dokonanych w związku z pytaniami zadanymi przez Wykonawców, które w ocenie Zamawiającego uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy). Nie sposób w takiej sytuacji oczekiwać od Zamawiającego, aby przed unieważnieniem postępowania zakończył proces badania złożonych mu ofert i dokonywał w oparciu o, w jego ocenie, wadliwie skonstruowanej dokumentacji postępowania rozstrzygnięć odnoszących się do poszczególnych ofert.

Wypada zauważyć, że w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego Izba władna byłaby jedynie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wypowiedział się jeszcze ostatecznie co do strony formalnej i merytorycznej każdej ze złożonych mu ofert, przedwczesnym w takim przypadku jest rozstrzygnięcie co do tego, czy Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia poszczególnych ofert, czy dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej – innymi słowy – nie sposób jest przeanalizować pod kątem zgodności z prawem czynności Zamawiającego, która nie została przez niego jeszcze dokonana. (...)

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w art. 146 ust. 1 p.z.p., jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6 p.z.p.

W ocenie Izby w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, pomimo że art. 146 ust. 6 p.z.p. zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszelkie stany faktyczne obejmujące jakiegokolwiek błędy Zamawiających popełnione w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Nie jest również możliwe korzystanie z instytucji unieważnienia postępowania celem usunięcia nieściśłości, które wynikły w toku postępowania – nawet, jeśli unieważnienie postępowania wydaje się opcją najszybszą lub (pozornie) najprostszą. Takie wykorzystanie bowiem instytucji unieważnienia postępowania byłoby dalece sprzeczne z celem, dla którego została ona umieszczona w ustawie p.z.p. – jako instrument ostateczny, unicestwiający całe postępowanie w sytuacji, w której nie ma widoków na jego zgodne z prawem zakończenie w inny sposób. Zamawiający, aby uzasadnić skorzystanie z tego instrumentu, w ocenie Izby, zwłaszcza przy powołaniu się na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., winien wykazać, że postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez Zamawiającego nieprawidłowości.

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 p.z.p., do którego odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co do zasady zawiera wąski i ścisły katalog wad postępowania, które miałyby uprawniać Zamawiających do jego unieważnienia, należy również zachować daleko idącą ostrożność przy powoływaniu się na zaistnienie wady objętej klauzulą generalną z art. 146 ust. 6 p.z.p. Jest zjawiskiem powszechnym, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy lub natrafiają na nieściśłości w dokumentach postępowania – kwestie te mogą być związane z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p., jednak nie w każdym przypadku powoduje to powstanie wady rzutuującej na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział przy tym szereg narzędzi, których Zamawiający mogą użyć, aby ww. błędy lub nieściśłości wyeliminować i przywrócić stan zgodny z prawem. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzulę generalną zawartą w art. 146 ust. 6 p.z.p., która pozwalałaby Zamawiającym na arbitralne unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Stąd stwierdzona przez Zamawiającego 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 przepisu lub przepisów p.z.p.,

które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. (*vide* wyrok KIO z dnia 10 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2354/15). (...)

W ocenie Izby powołanie się przez Zamawiającego na naruszenie podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., a także art. 29 p.z.p. (w szczególności ust. 1 tego przepisu, co wynika z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), należy uznać za nieuprawnione. Izba zważyła wskazywane przez Zamawiającego „problemy”, które w jego ocenie należało uznać za wady postępowania, skutkujące niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, i stwierdziła jak niżej. (...)

Po pierwsze, treść SIWZ stanowi oświadczenie woli Zamawiającego i jako taka podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego (*vide* wyrok KIO z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 503/14). Co zaś do sposobu dokonywania wykładni, również był on obszernie analizowany zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego, które wskazuje, że wykładni oświadczeń należy dokonywać w dwóch fazach. W pierwszej należy wziąć pod uwagę literalne brzmienie zapisu i ustalić, czy obie strony przypisywały treści to samo znaczenie. W przypadku rozbieżności w rozumieniu treści oświadczenia przez jej strony należy przejść do fazy drugiej i ustalić, jak adresat oświadczenia je rozumiał, a jak powinien zrozumieć (zob. m.in.: uchwała SN z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/05; wyrok SN z 24 maja 2005 r., V CK 655/04). Należy przy tym zauważyć, że w orzecznictwie postuluje się również stosowanie zasady, zgodnie z którą wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę (tak Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07). Na gruncie ustawy p.z.p. zasada ta znajduje zastosowanie o tyle, że niejasności w przedmiocie SIWZ tłumaczone są na korzyść Wykonawców – takie stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w orzeczeniu z dnia 16 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 430/15) oraz w orzeczeniu z dnia 12 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2784/14). (...)

A zatem w pierwszej kolejności, dokonując analizy wadliwych lub niezbyt precyzyjnych zapisów SIWZ (które jednak nie zostały zaskarżone – a zatem nie wzbudziły w potencjalnych Wykonawcach wątpliwości w zakresie możliwości złożenia oferty co do zasady), należało rozważyć te zapisy pod kątem możliwości dokonania ich wykładni i w ten sposób usunięcia potencjalnych rozbieżności. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1607/14, wskazując, że: Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [aktualnie (t.j. Dz. U. z 2017 r. Nr 1579 ze zm.) – *przyp. red.*] może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy sprzeczności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

Zamawiający może powołać się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wyłącznie wówczas, gdy będzie mógł wykazać (udowodnić), iż nie jest w stanie, działając zgodnie z prawem, dokonać konwalidacji zaistniałej wady. Samo usunięcie wady może bowiem nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z p.z.p., a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. Ponadto art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie ma charakteru samodzielnego, dla wykazania spełnienia przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o ten przepis nie wystarczy samo odwołanie się do jego treści, przepis ten jest bowiem nierozdzielnie związany z art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., który zawiera katalog przesłanek uzasadniających unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tylko takie zdarzenie, które powodowałoby unieważnienie umowy na jednej z podstaw określonych w art. 146

p.z.p., może bowiem stanowić podstawę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nawet nie podjął próby odniesienia się do którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 146 p.z.p., powołano się na naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. i 29 p.z.p., wskazując napotkane przez Zamawiającego trudności w ocenie ofert i ograniczając się do stwierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na brak złożenia ofert przez innych, bliżej nieokreślonych, potencjalnych Wykonawców. Podnoszona okoliczność, że zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych, a także obawa przed hipotetyczną korektą, winna skutkować dokonaniem weryfikacji zaistnienia spełnienia obowiązku unieważnienia postępowania, przy spełnieniu przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w sposób szczególnie ostrożny i poprzedzony krytyczną analizą zaistniałego stanu, co uwolniłoby Zamawiającego od błędu w postaci nadania niedogodnościom przy badaniu i ocenie ofert rangi wady postępowania. W niniejszej sprawie nieścisłości wymagające dokonania wykładni treści SIWZ nie mają nieusuwalnego charakteru i nie dotyczą postępowania w sposób, który mógłby skutkować jego całkowitym unieważnieniem, a przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została nawet zagrożona możliwością jej unieważnienia, gdyż żadne z wskazanych przez Zamawiającego dokonań lub zaniechań czynności, do której był zobowiązany, nie miało wpływu na wynik postępowania.

179. Sygn. akt KIO 2049/17, Wyrok KIO z dnia 27 października 2017 r.

Odnosząc się do samej możliwości unieważnienia postępowania z powodu jego wady wskazać należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątkowy. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że nie może być wywodzony na okoliczności podobne do przewidzianych ustawą. Warunkiem skuteczności unieważnienia przetargu jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a dopiero potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła, tj. jakakolwiek wada postępowania. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby – w świetle art. 146 ust. 1 Pzp – unieważnieniu. Przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego, jak również lepszego opisanie przedmiotu zamówienia.

Art. 93 ust. 3 pkt 2

180. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy należy przypomnieć, że zgodnie z art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednocześnie według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby

wykonawca, kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp (analogicznie jak z przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp) wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), z 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ma to zasadnicze znaczenie, gdyż niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać bowiem wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12).

Reasumując, z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 i art. 192 ust. 7 pzp wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.

Art. 121 ust. 4

181. Sygn. akt: KIO 1251/17, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2017 r.

(...) zasada anonimowości została przez Ustawodawcę podniesiona do rangi zasad naczelných rządzących postępowaniem konkursowym. Rolą tej zasady jest zagwarantowanie innych istotnych dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasad, w tym zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady obiektywizmu, w tej szczególnej sytuacji, w której ujawnienie autora pracy konkursowej mogłoby wpłynąć na obiektywizm oceny dokonanej przez sąd konkursowy. Emanacją tej zasady jest brak możliwości, nie tylko poznania autorów prac konkursowych, ale powzięcia jakichkolwiek przypuszczeń, co do autorstwa choćby jednej z nich – która to okoliczność, nawet przy zachowaniu najwyższych walorów moralnych i zasad obiektywizmu członków sądu konkursowego, mogłaby zaburzyć wynik oceny złożonych prac. Idea zasady anonimowości ma skutkować tym, że ocenie podlegają prace konkursowe badane przez pryzmat ich merytorycznej zawartości – nie zaś przez pryzmat dotychczasowych dokonań ich autorów, czy też ich zasług lub pozycji na polu architektury i urbanistyki. (...)

W tym miejscu Izba w niniejszym składzie wskazuje, że zgodzić się należy z Odwołującym, iż okoliczność, czy doszło faktycznie do ustalenia autora pracy konkursowej przez skład sądu konkursowego lub jego poszczególnych członków, jest okolicznością niemalże niemożliwą do udowodnienia. Z tego też powodu doktryna i orzecznictwo stoją na stanowisku, że swego rodzaju gwarancją braku wpływu informacji o autorach prac na przebieg konkursu jest całkowity brak możliwości ustalenia tej okoliczności. Jeżeli bowiem merytoryczna treść pracy konkursowej lub inne jej elementy (nadany numer kodujący, jej szata graficzna, sposób oprawienia lub opakowania, sposób prezentacji znajdujących się w niej danych, poczynione w jej treści odniesienia lub wprost odwołania do wcześniej dokonanych opracowań) pozwalają na

ustalenie jej autora zakłada się, że doszło do złamania tej zasady i tym samym wypaczenia wyników konkursu.

Art. 131e ust. 4

182. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Odnosząc się zatem do zarzutów skierowanych wobec czynności Zamawiającego Izba w części dotyczącej pierwszej podstawy wykluczenia, pomimo braku precyzyjnego wskazania w uzasadnieniu decyzji podstawy prawnej i faktycznej, nie dopatrzyła się naruszenia Ustawy, które mogłoby wpływać na wynik oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Choć Zamawiający nie przywołał wprost przepisu art. 131e ust. 1 pkt 5 Ustawy, Wykonawca mógł z uzasadnienia wywieść, iż podstawy decyzji o wykluczeniu z postępowania należy upatrywać w informacji niejawnej wynikającej z innych dokumentów niż składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przywołana w uzasadnieniu norma z art. 131e ust. 4 Ustawy odnosi się bowiem wprost do informacji niejawnych otrzymanych od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa państwa (stanowiące podstawę wykluczenia), co do których instytucja przekazująca zastrzegła, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu. Izba potwierdziła, iż Zamawiający rzeczywiście dysponował tymi dokumentami, co zostało zweryfikowane w trakcie rozprawy poprzez sprawdzenie sygnatur pism złożonych w kancelarii tajnej i zapoznaniu się z ich treścią. Część dokumentów przedłożonych do sprawy odwoławczej stanowiła materiał uzupełniający do informacji, jakie zostały Zamawiającemu przekazane na etapie oceny wniosku Odwołującego, które Zamawiający był zobowiązany uwzględnić w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ nie wpływały one na istotę oceny zawartej w dokumentach znanych na etapie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zasadniczymi w sprawie pozostawały informacje przekazane Zamawiającemu.

Art. 131v

183. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Zarzut zaniechania udostępnienia pełnej informacji stanowiącej podstawę wykluczenia z postępowania Izba oddaliła, gdyż wniosek Odwołującego wynikające z analizy przepisów Ustawy, nie mogły być przyjęte jako prawidłowe. Odwołujący wywodził bowiem z normy ujętej w art. 131v pkt 3 Ustawy bezwzględny i niepodlegający jakimkolwiek ograniczeniom nakaz ustanowiony w stosunku do zamawiających prowadzących postępowanie na podstawie rozdziału 4a Ustawy do udostępnienia dokumentów niejawnych. Na wstępie należy zauważyć, iż w poprzedzającym przywołany przepis punkcie pierwszym ustawodawca wskazał na odpowiednie stosowanie przepisów m.in. art. 8 ust. 3 oraz art. 92 Ustawy w zakresie udzielania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Wprost zawiera on uprawnienie dla zamawiającego do odmowy udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy innymi. Opisane w pkt 3 warunki dla zapoznania się z dokumentami niejawnymi w kancelarii tajnej zamawiającego przez osoby posiadające poświadczenie bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawy OIN [ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacjach niejawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 412 ze zm.) – przyp. red.], nie stanowią kompleksowej regulacji znajdującej zastosowanie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim kwestia dostępu do informacji niejawnych stanowi

zakres regulacji ustawy OIN, a zapisy Ustawy nie prowadzą do modyfikacji zasad, na jakich informacje niejawne mogą być udostępnione osobie zainteresowanej. Wiążąca pozostaje zatem zasada wiedzy niezbędnej, omówiona powyżej i wynikająca z niej konieczność wykazania związku pomiędzy informacją niejawną, która służyć ma wykonywaniu przez daną osobę pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywaniu prac zleconych (umów) związanych z dostępem do informacji niejawnych. Zatem samo odwołanie się do zasady przejrzystości postępowania, nie może być wystarczającą podstawą do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Skoro ustawodawca wskazuje na możliwość odstąpienia od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z uwagi na inne ważne interesy, których ochrona stanowi priorytet, to zasada przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, ulega ustawowej modyfikacji wobec ogólnych zasad na jakich prowadzone są postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ Odwołujący nie wykazał wypełnienia przesłanki materialnej wskazanej w art. 4 ust 1 ustawy OIN, a całość argumentacji skupiał wokół przesłanek formalnych dotyczących poświadczeń bezpieczeństwa oraz statusu uczestnika danego postępowania, odwołanie nie mogło odnieść skutku.

Art. 139 ust. 1

184. Sygn. akt: KIO 1862/17, Wyrok KIO z dnia 26 września 2017 r.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, przez nałożenie na wykonawców obowiązku dostarczenia na teren inwestycji szyn kolejowych w określonym terminie, zdaniem Odwołującego, który to obowiązek narusza zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle wprowadzenia do Warunków Umowy ograniczeń w zwrocie kosztów zakupu dostarczonych Zamawiającemu materiałów i urządzeń, Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią 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. Oznacza to, że Odwołujący może wobec działań podejmowanych przez zamawiającego podnosić zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, a zarzuty naruszenia przepisów innych ustaw wyłącznie wtedy, gdy ustawa Pzp bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*. W przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. W konsekwencji, wobec wielu zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba oceniając postanowienia SIWZ, w tym wzór umowy pod kątem zgodności z przepisami, stwierdziła, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega zarówno na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia

z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Izby, nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność (która to okoliczność została przez Zamawiającego przewidziana i ujęta w dodatkowej klauzuli 02.01.005 RCO – *vide* odpowiedź na odwołanie). A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

185. Sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2017 r.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca

dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych, wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. W niniejszym postępowaniu zarzuty odnośnie kar umownych niewspółmiernych do możliwej szkody Zamawiającego sformułowali wszyscy Odwołujący, wskazując m.in. na skomplikowany przedmiot prac oraz napięty harmonogram, co przy tak wysokich karach umownych powoduje, że wykonawcy nie są w stanie sporządzając ofertę ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym.

Art. 142 ust. 5

186. Sygn. akt: KIO 1137/17, KIO 1147/17, KIO 1151/17, KIO 1157/17, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r.

Uzasadnienia trafności zarzutu odwołania należy poszukiwać w samym przepisie art. 142 ust. 5 Pzp. Stanowi on *explicite*, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia przewidujące waloryzację należnego wykonawcy wynagrodzenia w trzech określonych w nim sytuacjach, przy spełnieniu warunku wynikającego z końcowej części wzmiankowanego przepisu. W powyższym kontekście, nawiązując do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do faktycznego terminu zawarcia umowy i rozpoczęcia świadczenia objętych nią usług, istotny jest całkowity okres jej realizacji, nie zaś liczba miesięcy w pierwszym roku kalendarzowym jej obowiązywania. Przepis art. 142 ust. 5 Pzp nie przewiduje ponadto kwotowych wyłączeń spod obowiązku waloryzacji wynagrodzenia, stawiając jedynie wymóg, aby wzrost wynagrodzenia minimalnego lub wymienionych w nim obciążeń publicznoprawnych miał wpływ na koszty wykonania zamówienia (...).

Clou zarzutu sprowadzało się do użycia we wzorze umowy niefortunnego określenia „negocjacje”. Nie może ulegać wątpliwości, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w przepisie art. 142 ust. 5 Pzp takiego charakteru nie ma, tym niemniej trzeba pamiętać, że warunkiem zmiany wynagrodzenia jest stwierdzenie, że wzrost płacy minimalnej lub określonych obciążeń publicznoprawnych muszą mieć wpływ na koszty wykonania zamówienia (art. 142 ust. 5 *in fine* Pzp). W ramach tej przesłanki zamawiający uprawniony jest do zweryfikowania twierdzeń wykonawcy występującego doń o waloryzację wynagrodzenia. W konsekwencji Izba uznała, że pod pojęciem negocjacji kryje się właśnie ustalanie okoliczności objętych wzmiankowaną przesłanką (...).

Art. 179 ust. 1

187. Sygn. akt: KIO 1499/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r.

Postępowanie jest prowadzone w tzw. procedurze odwróconej, tj. w oparciu o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający ustalił ranking ofert i dokonał badania sytuacji podmiotowej jedynie wykonawcy X Spółka z o.o. Mając na uwadze powyższe wniesienie odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej przysługuje każdemu wykonawcy, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

188. Sygn. akt: KIO 1747/17, Wyrok KIO z dnia 5 września 2017 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, będąc zainteresowany udziałem w postępowaniu, posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), które mogą czynić niemożliwym złożenie konkurencyjnej oferty. Żądania i zarzuty jakie stawia Zamawiającemu mają na celu doprowadzić do ustalenia takich warunków, w których będzie mógł złożyć ofertę, w takim kształcie, aby mieć realne szanse na uzyskanie zamówienia i jego późniejszą realizację z zyskiem. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

189. Sygn. akt: KIO 1751/17, Wyrok KIO z dnia 14 września 2017 r.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. W ocenie Izby Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Konsorcjum XYZ (dalej: Odwołujący) przysługiwała legitymacja do skutecznego wniesienia odwołania, bowiem mają wykonawcy interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Izba w całości uznaje za własne stanowisko wyrażone przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 888/17, według którego Izba zaznaczyła, że odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w odpowiedzi na ogłoszenie, wniosek o dopuszczenie do dialogu. Zamawiający dokonał oceny wniosku i uznał, że stanowi on podstawę do zaproszenia do udziału odwołującego w postępowaniu, tym samym odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w razie udzielenia przez zamawiającego zamówienia jednemu z wykonawców, których dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający zobowiązany jest na każdym etapie postępowania do dokonywania czynności zgodnie z ustawą i oceny, w tym wypadku wniosków, zgodnie z określonymi wymaganiami. Izba nie podziela w tym zakresie argumentacji, że Odwołujący, który zakwalifikował się do dalszego etapu postępowania nie może wykazać elementu szkody z art. 179 ust. 1 ustawy. Takie stanowisko prowadziłoby do pozbawienia wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowania dwuetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny), jakiegokolwiek możliwości składania odwołań wobec naruszenia przez zamawiających przepisów związanych z zaniechaniem wykluczenia innych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i mają zostać zaproszeni do dalszego w nim udziału, gdyż podnoszenie takich zarzutów na późniejszym etapie postępowania, w szczególności po wyborze oferty najkorzystniejszej, byłoby spóźnione z uwagi na upływ zawitego terminu na wniesienie odwołania określonego w art. 182 ustawy. Na danym etapie postępowania zamawiający zobowiązany jest do dokonania określonych czynności, które to czynności nie mogą być pozorne, a w przypadku, gdy są błędne, niepełne mogą być kwestionowane przez innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również w sytuacji, gdy liczba podmiotów dopuszczonych do kolejnego etapu postępowania jest równa bądź mniejsza od tej, jaką określił i wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający. Interes wykonawcy w postępowaniach prowadzonych w trybach wieloetapowych, jakim jest dialog konkurencyjny, polega nie tylko na dążeniu wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale także na dążeniu do wyeliminowania na tym etapie postępowania konkurujących

wykonawców, co niewątpliwie zwiększa szansę odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba ponadto w niniejszym składzie zwraca uwagę, że na obecnym etapie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający nie podjął jeszcze decyzji, jakie rozwiązanie – rozwiązania najbardziej spełniają jego potrzeby, tym samym odwołujący ma realny interes w tym, aby to jego rozwiązanie uznano na najbardziej spełniające potrzeby zamawiającego. Konieczność konkurencyjnego rozwiązania z mniejszą liczbą konkurentów daje większą gwarancję na to, że rozwiązanie odwołującego zostanie wybrane, jak również na to, że odwołujący poniesie mniejsze koszty lub nie poniesie ich w ogóle w sytuacji, gdy nie będzie musiał uwzględnić rozwiązań zaakceptowanych przez zamawiającego zaproponowanych przez konkurentów. Nadto możliwość doboru rozwiązania przez zamawiającego z szerszej konkurencji może w skrajnym przypadku doprowadzić do braku możliwości złożenia oferty przez odwołującego, jeśli jego rozwiązanie nie da się zmodyfikować w kierunku zaakceptowanym przez zamawiającego albo jeżeli koszt takiego dostosowania realnie pozbawi go możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. W tym znaczeniu odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

190. Sygn. akt: KIO 1890/17, Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zamawiający twierdził, że ewentualne uwzględnienie odwołania prowadziłyby do unieważnienia postępowania. Fakt, że cena oferty odwołującego przekracza możliwości finansowe zamawiającego oraz twierdzenie zamawiającego, że nie jest w stanie zwiększyć środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, nie stoją na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu odwołania. Przede wszystkim przesłanki wyrażone w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają badaniu w odniesieniu do zarzutów odwołania. Nie może być wątpliwości, że zaniżenie oceny oferty odwołującego jest sprzeczne z interesem odwołującego i grozi poniesieniem przez niego szkody, wynikającej z utraty możliwości zawarcia umowy z zamawiającym. Gdyby bowiem zamawiający przyznał ofercie odwołującego żadaną liczbę punktów, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ewentualne unieważnienie postępowania jest czynnością przyszłą i niepewną. Obowiązkiem zamawiającego jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zatem hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości nie może automatycznie wyłączać kontroli czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

191. Sygn. akt: KIO 2006/17, Wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”. Zauważyć należy, że oferta Odwołującego jest trzecią w rankingu ofert, jednakże przy zasadach procedury odwróconej najpierw dokonywana jest merytoryczna ocena ofert, następnie zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tylko wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nie można zatem wykluczyć, iż zarówno pierwszy, jak i drugi w kolejności wykonawca, których oferty nie zostały ostatecznie zweryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzą ostatecznie spełnianie warunków, a wtedy Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. W tej procedurze wykonawca będzie miał potencjalnie

możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez dokonanie czynności ponownej oceny ofert. Z uwagi na powyższe rozważania Izba uznała, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, z uwagi na brak spełniania przesłanek interesu, nie zasługiwał na uwzględnienie.

192. Sygn. akt: KIO 2021/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.

Wskazać należy, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę wniesienia odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy p.z.p., co jednoznacznie świadczy, że przesłanka materialnoprawna wymagana art. 179 ust. 1 p.z.p. w przypadku wniesionego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że na kanwie art. 179 ust.1 p.z.p. interes w uzyskaniu zamówienia bada się na datę wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności Zamawiającego, nawet przykładowo, jak w okolicznościach podnoszonych w tej sprawie, prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty Zamawiający nie może zwiększyć, nie pozbawiają Wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, iż powinna być ona, zdaniem Odwołującego, odrzucona przez Zamawiającego. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej w stosunku co do kwestionowanej czynności, ale ze względu na ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., którego w przyszłości może dokonać Zamawiający. Takie działanie nie znajduje potwierdzenia w przepisach p.z.p., a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. W istocie, przyjęcie przedstawionej w tym zakresie argumentacji Zamawiającego spowodowałoby, iż dostęp do wnoszenia środków ochrony prawnej okazałby się fikcyjny.

Należy również dodać, iż wykładnia posiadania legitymacji materialnoprawnej do wniesienia odwołania dokonana przez Zamawiającego nie znajduje oparcia w celach art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, zaś podstawowe pojęcia warunkujące dostęp Wykonawców do systemu środków ochrony winny uwzględniać postulaty dyrektywy odwoławczej, a tym samym winny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że Wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienia postępowania, gdyż wówczas Wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu. W konsekwencji powyższego, skoro zatem Wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, w sytuacji gdy jego pewnym skutkiem będzie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to tym bardziej nie można odmówić prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym Wykonawcy, ze względu na samą ewentualną możliwość unieważnienia tego postępowania.

193. Sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r.

Uprawnienie do wniesienia odwołania w sytuacji, w której jego uwzględnienie skutkować może unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zostało potwierdzone zarówno przez orzecznictwo krajowe, jak i orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE wskazuje, że „W sytuacji takiej bowiem, każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty” (pkt 33 wyroku z dnia 4.07.2013 r. w sprawie C-100/12). Stanowisko to pośrednio znalazło kontynuację w wyroku z dnia 5.04.2016 r. w sprawie C-689/13, w którym w pkt 27 Trybunał uznał, że

„W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie”. Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei do terminu „dane zamówienie”, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca, a w oparciu o który Zamawiający buduje argumentację dotyczącą niemożności dążenia do unieważnienia postępowania przez odwołującego, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł się w wyroku z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że „pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

194. Sygn. akt: KIO 2426/17, Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia specyfikacji. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawców w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania – odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

195. Sygn. akt: KIO 2365/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Z uwagi na konsekwencje decyzji o wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, należało uznać, że odwołanie ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której do Odwołującego zostałoby skierowane zaproszenie do złożenia oferty, co wymagałoby uprzedniego stwierdzenia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ponieważ odwołaniem objęte zostały te czynności i zaniechania Zamawiającego, których efektem było określenie kręgu podmiotów, do jakich skierowane zostało zaproszenie do złożenia ofert, Odwołujący nie dopuszczony do dalszego udziału w postępowaniu, ma interes w tym, aby żądać zweryfikowania prawidłowości oceny jego wniosku. Powyższe skłaniało do przyjęcia, iż Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie zamykały mu drogę do złożenia oferty i ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

196. Sygn. akt: KIO 2420/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czyli wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy. Dopuszczalność odwołania w oparciu o tę przesłankę dotyczy całego odwołania, a nie jego poszczególnych

zarzutów, zatem nawet, jeśli wykonawca nie posiadałby interesu w podniesieniu poszczególnych zarzutów, to nie stoi to na przeszkodzie do rozpoznania odwołania, natomiast dla oceny zasadności zarzutu ustawodawca poza badaniem możliwości naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przewidział także inny probierz w postaci art. 192 ust. 2 ustawy, czyli ocenę przez pryzmat wpływu na wynik postępowania.

Art. 180 ust. 3

197. Sygn. akt: KIO 1548/17, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r.

Odwołujący nie wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Profesjonalny charakter rynku zamówień publicznych uzasadnia oczekiwanie, że również w postępowaniu odwoławczym strony i uczestnicy zachowają należyłą staranność polegającą na znajomości przepisów prawa. Art. 180 ust. 3 Pzp nakazuje wskazanie w odwołaniu, m.in. czynności lub zaniechań zamawiającego, zarzutów, żądań oraz okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego i dotyczącego ich zarzutu w treści odwołania ma fundamentalne znaczenie i nie podlega – jak chciałby odwołujący – samodzielnemu ustalaniu przez Izbę na podstawie powołanych w uzasadnieniu okoliczności, w związku ze sformulowaniem, że odwołujący zarzuca zamawiającemu „naruszenie innych przepisów w sposób bezpośredni lub pośredni wynikających z odwołania”. To wyłącznie od odwołującego się wykonawcy zależy, jakie czynności lub zaniechania zamawiającego kwestionuje i jakie podnosi wobec nich zarzuty. Kwestie te nie podlegają domniemaniu składu orzekającego, gdyż ten jest związany zarzutami podniesionymi w odwołaniu i to w ich granicach rozpatruje wniesione odwołanie, o czym stanowi art. 192 ust. 7 Pzp. Zakres kognicji Izby w danej sprawie określa więc zarzut, a nie żądanie odwołania.

198. Sygn. akt: KIO 1536/17, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Izba uznała, że o zarzucie nie decyduje jedynie wskazana podstawa prawna, ale także podstawa faktyczna zarzutu. Samo bowiem wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem się Zamawiającego w postępowaniu, a które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa (za wyrokiem KIO z 18.06.2018 r., sygn. akt: KIO/UZP 545/08). W wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt: X Ga 110/09 stwierdza się, że: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej”. Podobnie (za wyrokiem KIO z 21.01.2015 r., sygn. akt: KIO 17/15), zgodnie z art. 180 ust. 3 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. Wskazany przepis jednoznacznie wymaga, aby zarzut został zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. W wyroku KIO z 12.02.2014 r. o sygn. akt: KIO 140/14 KIO zaakcentowała, że zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie zamawiającego, przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego

czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione. Podobnie w wyroku z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1498/13 KIO podkreśliła, że przepisy Pzp, nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie i przypisana im kwalifikacja prawna, decydująca o uwzględnieniu żądania odwołania. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą Odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii, która jego zdaniem wskazuje na naruszenie prawa przez Zamawiającego, ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie.

Art. 180 ust. 4

199. Sygn. akt: KIO 1671/17, Postanowienie KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r.

W aktualnym stanie prawnym odwołanie jest skutecznie wnoszone nie w dacie złożenia w placówce operatora publicznego tylko w dacie złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej (wpływ bezpośredni) lub w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym (wpływ e-puap). W niniejszej sprawie wpływ nastąpił bezpośrednio w formie pisemnej za pośrednictwem operatora publicznego Poczty Polskiej co skutkuje wniesieniem odwołania nie w dacie złożenia na poczcie tylko w dacie złożenia w kancelarii Izby. Bowiem tylko do wnoszenia skarg na orzeczenia Izby zachowano równoznaczność wniesienia do sądu przez złożenie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku – Prawo pocztowe (Dz. U. 1529) – art.198b ust. 2 ustawy.

Art. 182 ust. 1

200. Sygn. akt: KIO 2024/17, Postanowienie KIO z dnia 2 października 2017 r.

W dniu 21.09.2017 r. Odwołujący otrzymał, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (fax – w aktach sprawy – przesłany przez Zamawiającego wraz z pismem do Krajowej Izby Odwoławczej – dnia 29.09.2017 r., wraz z raportem faxyowym potwierdzającym pozytywne przekazanie pisma), od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta. Termin 5-dniowy, na wniesienie środka ochrony prawnej – odwołania – liczony od tej daty upływał zatem dnia 26.09.2017 r. Tym samym odwołanie wniesione w dniu 27.09.2017 r., uchybia terminowi określonemu przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, co z kolei oznacza, że w myśl przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Kwestia zamieszczenia stosownej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta jest bez znaczenia. Zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615), środki komunikacji elektronicznej, w ujęciu wspomnianej ustawy (art. 2 pkt 5), to: „rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną”. Jednocześnie zgodnie z definicją środków komunikacji elektronicznej wynikającą z przepisów Pzp, obejmuje ona także – fax (art. 2 pkt 17 Pzp).

Tym samym przyjąć należało, że informacja przesłana przez Zamawiającego faxem (raport faxowy) wypełnia przesłankę do uznania, iż w dniu 21.09.2017 r., Odwołujący prawidłowo otrzymał pismo Zamawiającego, informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta. Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upiływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Art. 182 ust. 2

201. Sygn. akt: KIO 2302/17, Postanowienie KIO z dnia 6 listopada 2017 r.

(...) przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

(...) Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ), a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak już powyżej zostało wskazane ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2017 roku, zaś SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 23 października 2017 roku. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 2 listopada 2017 roku.

Istotne dla ustalenia początku biegu terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie, a w konsekwencji dla rozstrzygnięcia samej sprawy, jest to, iż odwołanie dotyczy tożsamyh postanowień zawartych zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SIWZ.

(...) Należy stwierdzić, że postanowienia skarżone przez odwołującego zostały zawarte już w samym ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołanie nie zawiera jakichkolwiek zarzutów opartych na postanowieniach treści SIWZ, a nieujętych jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym już w związku z publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 20 października 2017 roku, co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 2 listopada 2017 roku, zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu wynikającego z ustawy Pzp, który mijał w dniu 30 października 2017 roku.

Art. 185 ust. 2–4

202. Sygn. akt: KIO 2368/17, Postanowienie KIO z dnia 22 listopada 2017 r.

Nie jest kwestią sporną ani wywołującą wątpliwości – zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie – zagadnienie zachowania terminu do wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dla zachowania tego terminu znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1162/16). Z przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że do skuteczności zgłoszenia przystąpienia konieczne jest zachowanie określonych w tym przepisie przesłanek, w tym terminu i formy (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1549/16). Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkuje wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 79/14). Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu,

a jego niedochowanie powoduje utratę prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1764/13).

203. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.

(...) ustawodawca w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp nie sprecyzował, czy interes wykonawcy musi polegać na popieraniu wszystkich decyzji strony, do których przystąpił. Orzecznictwo Izby zna przypadki, w których interes Przystępującego wykonawcy dotyczył jedynie części rozstrzygnięć Zamawiającego. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie – w ocenie Izby korzystnym dla Przystępującego X jest utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego w zakresie liczby punktów przyznanych Odwołującemu Y w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”. Tylko w taki sposób X może zapewnić sobie możliwość uzyskania zamówienia, o ile jego własnym odwołaniem uda mu się doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyeliminowania z postępowania wykonawcy Z którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie Izby Przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem, jaki ustanawia w takiej sytuacji Ustawa Pzp, jest zakaz składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1961/16, KIO 1962/16).

204. Sygn. akt: KIO 2358/17, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r.

Izba zważyła, że powołane oświadczenie wykonawcy X należy uznać za cofnięcie przystąpienia. Jakkolwiek ani ustawa, ani rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) – przyp. red.*] nie regulują kwestii wycofania oświadczeń złożonych w toku postępowania przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, za wyjątkiem oświadczenia o wycofaniu odwołania, to uznać należy, że oświadczenia cofające wcześniejsze oświadczenia procesowe – składane przez zamawiającego i przystępującego – są dopuszczalne w postępowaniu odwoławczym i wywierają skutki prawne, stanowią bowiem wyraz woli podmiotu, który sam kształtuje swoją sytuację procesową. Wycofanie złożonego oświadczenia, zgodnie z którym wykonawca odstępuje od przystąpienia, jest zatem wycofaniem przystąpienia. Oznacza to, że wykonawca taki – w okolicznościach sporu X – nie bierze udziału w sporze zawisłym przed Krajową Izbą Odwoławczą i odstępuje od możliwości odparcia zarzutów odwołania, które zostały skierowane przeciw niemu. Na podkreślenie zasługuje jedynie w tym kontekście, że w takiej sytuacji orzeczenie wydane przez Izbę będzie dotyczyć X, gdyż wycofanie przystąpienia samo w sobie nie ma znaczenia dla zakresu rozpoznania zarzutów odwołania. Znaczenie dla zakresu rozpoznania odwołania ma uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego albo wycofanie zarzutów przez odwołującego. W rozpoznawanej sprawie takie oświadczenia nie zostały złożone.

Art. 186

205. Sygn. akt: KIO 2155/16, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2017 r.

Przepisy art. 186 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają więc dwie normy prawne. Pierwsza z nich skierowana jest do Izby i jest przepisem o charakterze procesowym, dotyczącym postępowania odwoławczego (umorzenie postępowania), natomiast druga norma odnosi się do samego zamawiającego i czynności wykonywanych już w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane przez Odwołującego naruszenia dotyczą drugiej normy, zgodnie z którą, jeśli zamawiający uwzględnieni w całości za-

rzuty odwołania, zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić kwestionowane czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jest bezsporne, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości (niezależnie od tego, czy kierował się w tym zakresie przekonaniem, czy też „strategią procesową”), zatem formalnie powinien postąpić zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 lub ust. 3 (w zależności od sytuacji procesowej) i wykonać czynności zgodnie z żądaniami odwołania.

Co do samego odrzucenia ofert czy wykluczenia wykonawców należy stwierdzić, że choć przyczyny takiego odrzucenia czy wykluczenia wynikają wprost z przepisów prawa, to jednak ich zastosowanie w postępowaniu nie następuje automatycznie, lecz wymaga elementu dokonania przez zamawiającego konkretnych i indywidualnych czynności w stosunku do każdego wykonawcy i każdej oferty. Wynika to także wprost z brzmienia art. 186 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano, że zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności”.

Trzeba także zauważyć, że art. 186 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy pewnego stanu idealnego i zakłada prawidłowe działanie zamawiającego oraz odwołującego. Nie przewiduje więc, np. opcji, w której nie wszystkie żądania odwołującego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo, że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych czynności, np. wezwania do wyjaśnień czy też, że po uwzględnieniu odwołania wychodzą na jaw nowe okoliczności istotne dla przyszłej decyzji zamawiającego. Nie przewiduje również sytuacji, w której zamawiający uwzględnia odwołanie, o którego słuszności nie jest przekonany – nie powinno to zresztą mieć miejsca, a zamawiający powinien swoje decyzje w tym zakresie podejmować odpowiedzialnie – odmienne działanie należy potępić. Dlatego z sytuacjami tymi musi poradzić sobie praktyka, zwłaszcza orzecznictwo. W przypadku zaistnienia więc konfliktu pomiędzy obowiązkiem wynikającym z art. 186 ust. 2 zd. 2 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przekonaniem zamawiającego, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności deklarowanej do wykonania czynności z prawem – zwłaszcza w zakresie wpływającym na wybór najkorzystniejszej oferty – przyjmuje się, że poprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest priorytetem. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić – niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, a tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli jego czynność jest poprawna w świetle przepisów „merytorycznych”, tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał). W przypadku takim Izba rozpatruje więc kolejne wniesione odwołanie i rozpoznaje zarzuty merytorycznie rozstrzygając, czy postawione w odwołaniu zarzuty są lub nie są słuszne.

Należy też zwrócić uwagę, że w przypadku alternatywnych albo wykluczających się zarzutów lub wniosków odwołania, których proceduralnie nie wykonuje się łącznie lub nie da się wykonać łącznie, przyjmuje się, że zamawiający, nawet uwzględniając jeden z tych zarzutów albo postępując zgodnie z jednym z żądań, uwzględni odwołanie w całości i wykonuje żądania odwołującego w całości. Inne bowiem podejście do tego zagadnienia byłoby nielogiczne i *de facto* – ze względu na brak możliwości uwzględnienia odwołania w całości, co jest prawem procesowym zamawiającego – podważałoby również możliwość stawiania w odwołaniu alternatywnych zarzutów i żądań, co byłoby niekorzystne dla wszystkich uczestników postępowania odwoławczego.

206. Sygn. akt: KIO 2050/17, Postanowienie KIO z dnia 16 października 2017 r.

Wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [(Dz. U. z 2017, poz. 14) – *przyp. red.*], niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na 16 października 2017 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.

207. Sygn. akt: KIO 2114/17, Postanowienie KIO z dnia 20 października 2017 r.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Skuteczne skorzystanie przez Zamawiającego z przysługującej mu tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania), w sytuacji gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniosie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego (por. postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2686/13). Podkreślić jednak należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 *in fine* Ustawy ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

208. Sygn. akt: KIO 2391/17, Postanowienie KIO z dnia 24 listopada 2017 r.

Sprzeciw, zgodnie z art. 186 ust. 5 p.z.p., przystępujący wnosi w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Warto nadmienić, iż Ustawodawca nie dokonał szczegółowej regulacji terminu w jakim przystępujący może złożyć oświadczenie o sprzeciwie. Nie budzi to jednak wątpliwości interpretacyjnych, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem, należy uznać, że zamawiający w piśmie z 22 listopada 2017 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaś przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, wyznaczonym na dzień 24 listopada 2017 r.

W tym stanie rzeczy moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Zaznaczyć należy, iż jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi zatem *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego, gdyż skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w kontradiktoryjnym procesie. Wobec braku oświadczenia przystępującego sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę, a więc Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego.

Zaznaczyć również należy, iż instrument w postaci możliwości zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego, wprowadzony został przez Ustawodawcę w celu ochrony interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący, Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., miał więc możliwość stawienia się na posiedzeniu i skorzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, a także wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i winna pozostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu, co należało poddać ocenie przez pryzmat § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017, poz. 14) [aktualnie (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) – *przyp. red.*], który stanowi, że „Niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania”. Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń.

W ocenie Izby niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę – braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3 p.z.p. Warto przy tym nadmienić, iż przystępujący posiadał pełną wiedzę o uwzględnieniu odwołania, gdyż zamawiający w dniu 22 listopada 2017 r. przekazał mu odpowiedź na odwołanie w przedmiocie uwzględnienia środka ochrony prawnej.

Art. 187 ust. 1

209. Sygn. akt: KIO 1604/17, Postanowienie KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r.

Z opisanych powyżej ustaleń Izby wynika, że Odwołujący załączył do odwołania wpis w niewłaściwej wysokości, tj. w kwocie właściwej dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy lub usługi (7500,00 zł), podczas gdy – w ocenie składu orzekającego – powinien był uiścić wpis w kwocie właściwej dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, tj. w wysokości 10 000,00 zł.

Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego zawartych w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby z 4 sierpnia 2017 r. z następujących przyczyn.

Nie jest okolicznością przesądzającą o kwalifikacji przedmiotu zamówienia sam jego tytuł. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający konsekwentnie, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ i protokole Postępowania wskazywał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, opisując jego przedmiot głównym kodem CPV, pod którym kryją się roboty w zakresie okablowania elektrycznego. Ponadto na okoliczność, że *ad casum* przedmiotem zamówienia są roboty budowlane świadczy również konstrukcja warunków udziału w Postępowaniu i katalog dokumentów, jakie wykonawcy mieli złożyć na potwierdzenie ich spełnienia. (...)

Skład orzekający wskazuje również, że wbrew twierdzeniom Odwoływającego, o charakterze przedmiotu zamówienia nie może świadczyć przywołany w ogłoszeniu o zamówieniu kod CPV odnoszący się do usług w zakresie lokalnej sieci komputerowej. Należy bowiem zauważyć, że miał on li tylko pomocnicze znaczenie i o ile w ramach przedmiotu zamówienia rzeczywiście dojdzie do realizacji usług, to w świetle przytoczonych powyżej argumentów nie mają one decydującego znaczenia dla kwalifikacji całego przedmiotu zamówienia.

Należy wreszcie zauważyć, że twierdzenie Odwoływającego, zgodnie z którym „(...) Przepisy Rozporządzenia nie regulują przypadku, gdy odwołanie jest wnoszone w sprawie mieszanej, gdzie przedmiot zamówienia obejmuje różne rodzaje usług (...)” jest wprawdzie trafne, tym niemniej umknęło Odwoływającemu, że kwestię zamówień obejmujących różne rodzaje świadczeń regulują przepisy Pzp. Zgodnie z art. 5c ust. 1 Pzp jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Całokształt przedstawionych argumentów doprowadził Izbę do wniosku, że głównym przedmiotem tego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych niezbędnych do wdrożenia systemów informatycznych mających na celu umożliwienie Zamawiającemu realizacji tzw. e-usług.

Ergo, odwołanie podlega zwrotowi na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 w zw. z art. 187 ust. 7 Pzp, jako że Odwoływający uścił wpis niższy od wymaganego i nie przedstawił – pomimo skierowanego do niego wezwania – dowodu uiszczenia wpisu w wysokości wymaganej dla omówionego powyżej przedmiotu zamówienia.

Art. 189 ust. 2 pkt 1

210. Sygn. akt: KIO 1559/17, Postanowienie KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Z uwagi na wartość szacunkową zamówienia nieprzekraczającą kwoty 30 000 euro należało uznać, że w analizowanej sprawie nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, co obligowało Izbę do odrzucenia odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba obowiązana jest odrzucić odwołanie z urzędu w każdym przypadku, jeżeli ziszczą się przesłanki wskazane w treści tego przepisu. Zgodnie zaś z art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Podkreślić w tym miejscu należy, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający – nie będąc do tego zobligowanym treścią ustawy Pzp – stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp.

W konsekwencji Odwoływający w przedmiotowym postępowaniu nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. Powyższego nie zmienia błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono w SIWZ. Zamieszczenie ogłoszenia oraz błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie wpływa na rzeczywistą wartość tego zamówienia oraz nie rodzi uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. W konsekwencji nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania. O tym, czy mamy do czynienia z zamówieniem powyżej wartości 30 000 euro nie decyduje fakt zamieszczenia ogłoszenia w stosownym publikatorze czy też pouczenie o środkach ochrony prawnej zawarte w SIWZ, ale rzeczywista wartość zamówienia (oszacowana przez Zamawiającego, wynikająca z protokołu postępowania lub z wniosku o udzielenie zamówienia).

211. Sygn. akt: KIO 2241/17, Postanowienie KIO z dnia 7 listopada 2017 r.

(...) Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 131b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pierwszy z tych przepisów stanowi, że Izba odrzuca odwołanie (tj. zobowiązana jest odrzucić odwołanie), jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych), drugi natomiast, że ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jak wskazał Zamawiający – co nie było kwestionowane – w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 4 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od którego jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2015 r. (418 000 euro), a samo postępowanie prowadzone jest nie w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale art. 701 kodeksu cywilnego.

212. Sygn. akt: KIO 2283/17, Postanowienie KIO z dnia 9 listopada 2017 r.

(...) odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne, których wartość Zamawiający oszacował na kwotę 33 833,15 euro, tj. na kwotę nie przekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że w dziale III rozdział 6 ustawy Pzp ustawodawca zawarł przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, ustanawiając specjalną procedurę udzielania tych zamówień, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz kwoty 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych. W procedurze udzielania ww. zamówień zastosowanie znajdują zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, przepisy art. 17 i 18, działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3, działu VI, zaś odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 22–22d, art. 24, art. 29–30b, art. 32–35 i art. 93 ustawy Pzp.

Jak ustalono powyżej, zamówienie będące przedmiotem niniejszej sprawy zostało oszacowane przez Zamawiającego na kwotę mniejszą niż wskazane powyżej progi. Dla tego typu zamówień na usługi społeczne ustawodawca dał zamawiającym możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez danego zamawiającego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp. (...) Określone w art. 138o ustawy Pzp zasady prowadzenia tego typu postępowania są jedynymi wytycznymi ustanowionymi przez ustawodawcę.

W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ustawy Pzp, tak jak czynią to w przypadku takich postępowań o wartości równej lub przekraczającej wskazane w art. 138g ustawy Pzp kwoty (art. 138l ustawy Pzp). Ustawodawca przyjął odmienny sposób uregulowania tych dwóch grup postępowań. Z powyższego należy wywieść, że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w przepisach 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. z 2010 r., nr 41, poz. 238 ze zm.) [aktualnie (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – *przyp. red.*], które regulują kwestię wysokości wpisu od odwołania wnoszonego od czynności podjętych w postępowaniu na usługi społeczne o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przepisy ww. rozporządzenia nie określają kwoty wpisu należnego w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, działając zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 138o ustawy Pzp, stworzył własną procedurę udzielenia zamówienia z uwzględnieniem norm wskazanych w ww. przepisie. Brak jest zatem podstaw do oceny czynności Zamawiającego, bowiem ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania Zamawiającego, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

213. Sygn. akt: KIO 2339/17, Postanowienie KIO z dnia 13 listopada 2017 r.

Izba stwierdziła, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi społeczne, których wartość Zamawiający oszacował na kwotę 488 000, 00 zł, tj. równowartość kwoty 116 889,03 euro a zatem nie przekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że w przepisach ustawy Pzp uregulowania dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, znalazły się w dziale III rozdział 6. Ustawodawca wprowadził specjalną procedurę udzielania zamówień na usługi społeczne w przypadku, gdy wartość szacunkowa tych zamówień jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz kwotę 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych (art. 138g ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie przekroczy ww. kwot, Zamawiający może udzielić zamówienia, stosując przepisy art. 138o ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. W tych przypadkach zobowiązany jest stosować zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, z uwzględnieniem przepisów art. 17 i 18, działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3, działu VI, zaś odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 22–22d, art. 24, art. 29–30b, art. 32–35 i art. 93 ustawy Pzp. (...)

W pozostałym zakresie zamawiający uprawniony jest do samodzielnego opisania szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, uwzględniając minimalne wymagania opisane w art. 138o ustawy Pzp. Regulując tą materię, ustawodawca nie odsyła do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych (w tych przypadkach, zgodnie z art. 138 l ustawy Pzp, odwołanie przysługuje albowiem przepisy działu VI stosuje się).

Jak wynika ustaleń poczynionych powyżej, w przypadku niniejszego zamówienia zastosowanie znajdują cytowane wyżej przepisy, bowiem zamówienie będące przedmiotem niniejszej sprawy zostało oszacowane przez Zamawiającego na kwotę niższą niż wskazane powyżej progi. Zamawiający skorzystał z możliwości jakie dał ustawodawca i dla niniejszego zamówienia skorzystał z procedury określonej w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp. Tym samym wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy

Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu.

214. Sygn. akt: KIO 2579/17, Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.

Wskazać należy na wstępie, iż z motywu 113 do dyrektywy 2014/24/UE wynika, iż celem ustawodawcy europejskiego było wyodrębnienie określonych usług zwanych „usługami społecznymi”. Ustawodawca wskazał w przywołanym motywie, iż „Ocena wpływu i efektywności prawodawstwa UE w zakresie zamówień publicznych” wskazywały, że należy dokonać przeglądu wyłączenia niektórych usług z pełnego zakresu stosowania dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. W rezultacie ustawodawca unijny zrezygnował z podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe i wprowadził nową kategorię usług, tzw. zamówienia na usługi społeczne. Są to takie usługi, jak niektóre usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne, które ze względu na swój charakter mają nadal ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te bowiem charakteryzują się specyficznymi właściwościami w poszczególnych Państwach Członkowskich, tj. ich właściwości zależne są od tradycji kulturowych, kontekstu ich udzielania, charakteru podmiotów je świadczących, rodzimych przepisów prawa, jak również od właściwości samych podmiotów je zamawiających.

Na gruncie prawa krajowego w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych [nowelizacja dokonana ustawą 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.*] uchylono przepisy art. 2a i 2b ustawy Pzp, które stanowiły delegację ustawową do wydania przepisów określających, które usługi są uznawane za priorytetowe i niepriorytetowe, oraz art. 5 i 5a ustawy Pzp określające sposób postępowania w przypadku usług niepriorytetowych i w ich miejsce w Dziale III ustawy Pzp wprowadzono nowy Rozdział 6, który określa przepisy szczególne, jakie należy zastosować w przypadku zamówień na usługi społeczne. Dalej wskazać należy, że stosownie do treści art. 138o ust. 1 ustawy Pzp zamawiający (w tym zamawiający sektorowy), udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej wskazanych progów (określonych na podstawie art. 138g ustawy Pzp), ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp. Tym samym charakter i przebieg procedury udzielenia zamówienia na takie usługi jest określany przez zamawiającego samodzielnie przy uwzględnieniu specyfiki usługi, okoliczności towarzyszących jej udzieleniu oraz własnych potrzeb i preferencji. Wskazane przepisy (art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp) rekomendują jednak, aby zamawiający udzielając tzw. podprogowych zamówień społecznych, przeprowadził postępowanie w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy Pzp). Podkreślić dalej należy, że w świetle przepisów regulujących usługi społeczne zwartych w Rozdziale VI ustawy Pzp w postępowaniach na tzw. podprogowe usługi społeczne wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i tym samym w następstwie w postaci skargi na orzeczenie Izby do sądu powszechnego.

W ocenie Izby brak możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych na usługi społeczne jest konsekwencją braku obowiązku stosowania przez zamawiającego w postępowaniach na tzw. podprogowe usługi społeczne którejkolwiek procedury uregulowanej kompleksowo w ustawie Pzp. Zatem podmiot zamawiający nie ma obowiązku stosowania poszczególnych trybów udzielania zamówień, jak również poszczególnych instytucji prawa zamówień publicznych. Jak słusznie wskazano w ww. stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający zobowiązany jest w tym zakresie jedynie do uwzględnienia norm zawartych w art. 138o ust. 2–4 znowelizowanej ustawy Pzp, które to przepisy nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, tak jak to jest w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach prze-

kraczących kwoty, o których mowa w art. 138g ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy Pzp, z wyjątkiem reguł wskazanych w ust. 2–4 powyższego artykułu, a co za tym idzie zasadnym wydaje się twierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp. W ocenie Izby nawet, jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, to taka czynność nie może kreować po stronie wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż prawo to nie zostało przyznane wykonawcy mocą przepisu prawnego. Prowadzenie zaś postępowania podprogowego na usługi społeczne przez zamawiającego według ustawy Pzp może służyć zachowaniu zasad zawartych w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp nie pozwala na wypełnienie norm regulujących zasady udzielania zamówień treścią pozwalającą na ocenę działań podmiotu zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z powyższej regulacji wynika, że w stosunku do działań zamawiającego istnieć muszą ściśle zdefiniowane obowiązki w postaci nakazów lub zakazów określonego postępowania. Brak obowiązku stosowania w podprogowych zamówieniach na usługi społeczne ściśle określonych regulacji powoduje, że nie możemy mówić o istnieniu dookreślonych norm i zasad postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia. Tym samym analiza przepisów Rozdziału 6 zawartego w Dziale III ustawy Pzp zatytułowanego „Przepisy szczególne” wraz z przepisami odnoszącymi się do środków ochrony prawnej pozwala na przyjęcie, iż w postępowaniach dotyczących usług społecznych o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w treści art. 138g ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia są usługi o kodach CPV 5552310 0–3 (usługi w zakresie posiłków szkolnych) oraz CPV 55524000 – (usługi w zakresie dostarczania posiłków szkolnych). Usługi te wchodzą w skład usług hotelowych i restauracyjnych, które w załączniku nr XIV do Dyrektywy 2014/24/UE zostały zakwalifikowane jako usługi społeczne. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty 750 000 euro. Tym samym zasadne jest oddalenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 bowiem w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 2

215. Sygn. akt: KIO 2437/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, w ocenie którego zaistniała przesłanka oddalenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z tym, iż Odwołujący nie załączył oryginału pełnomocnictwa do odwołania. Obowiązek załączenia oryginału pełnomocnictwa Przystępujący wywodził z treści art. 187 ust. 3 ustawy Pzp.

Wbrew jednak twierdzeniem Przystępującego przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje wprost na obowiązek załączenia oryginału pełnomocnictwa do dokumentu odwołania. W ocenie składu orzekającego Izby należy przede wszystkim wziąć pod uwagę okoliczność, iż postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie „wpadkowe” w stosunku do postępowania głównego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, w przypadku gdy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego zostało już złożone pełnomocnictwo, to z oczywistych względów nie jest możliwe ponowne załączenie oryginału tego pełnomocnictwa do odwołania. W konsekwencji, gdy istnieje możliwość zwe-

ryfikowania, czy dane pełnomocnictwo znajduje się w aktach postępowania, za wystarczające należy uznać załączenie do odwołania kopii tego pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

216. Sygn. akt: KIO 2479/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy jako wniesionego z uchybieniem terminu na jego wniesienie, ponieważ Wykonawca przy dochowaniu należytej staranności mógł poznać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania już w dacie 20 września 2017 roku oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, który nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia i nie poniósł szkody, ponieważ nie przedłużył terminu związania ofertą.

Izba oddaliła na posiedzeniu wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go po terminie i przez podmiot nieuprawniony, uznając, iż przesłanka posiadania interesu jest materialno-prawną okolicznością badaną merytorycznie na rozprawie. Stwierdzenie braku interesu po stronie Odwołującego skutkować może co najwyżej oddaleniem odwołania bez jego merytorycznego rozpoznania, nie może być zaś podstawą odrzucenia środka ochrony prawnej. Co do tajemnicy przedsiębiorstwa uznano, że dopiero od momentu ogłoszenia przez Zamawiającego wyniku postępowania i przekazania Odwołującemu części jawnej oferty można ostatecznie stwierdzić, że Zamawiający zbadał prawidłowość zastrzeżenia i uznał tę czynność za skutecznie dokonaną przez Przystępującego.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

217. Sygn. akt: KIO 2315/17, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2017 r.

Z akt sprawy wynika, że Odwołujący informację o wyniku postępowania otrzymał w dniu 23 października 2017 r., co przyznał w treści wniesionego odwołania – zatem od dnia 23 października 2017 r. należy liczyć dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który upływał w dniu 2 listopada 2017 r.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej e-PUAP w dniu 3 listopada 2017 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2017 r. godz. 00:16 – prezentata KIO, numer 19168/17, oraz poświadczenie certyfikatu – podpisu wygenerowane przez e-PUAP) należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [*ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – przyp. red.*] dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie – co w tym stanie faktycznym powinno nastąpić najpóźniej w dniu 2 listopada 2017 r. (podobnie np. postanowienie KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 454/10).

Analogiczny pogląd został zaprezentowany w uchwale Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której wskazano, iż dla zachowania terminu na wniesienia odwołania istotna jest data faktycznego wpływu odwołania do Prezesa Izby.

(...) Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

218. Sygn. akt: KIO 2362/17, Postanowienie KIO z dnia 22 listopada 2017 r.

Na podstawie akt postępowania Izba ustaliła, że informację o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący otrzymał drogą elektroniczną 30 października 2017 r.

Odwołanie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 listopada 2017 r. (presentata na odwołaniu). Odwołanie zostało nadane przesyłką kurierską w 8 listopada 2017 r. do adresata dotarło 10 listopada 2017 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji – faksem lub drogą elektroniczną – o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Skoro niespornie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący otrzymał 30 października 2017 r., termin na wniesienie odwołania kończył swój bieg 9 listopada 2017 r. Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej 10 listopada 2017 r., zatem zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje obowiązkiem jego odrzucenia przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu w żadnym przypadku. Uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania.

Art. 189 ust. 2 pkt 6**219. Sygn. akt: KIO 1482/17, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 r.**

Izba nie uwzględniła również wniosku Zamawiającego zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 20 lipca 2017 roku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, bowiem – co znalazło wyraz w orzeczeniu z dnia 13 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1077/17 – Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib Zamawiających, które z mocy art. 198a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba uwzględniła stan znany Izbie z urzędu odnośnie wydanych przez Sądy Okręgowe orzeczeń uwzględniających skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań Zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym, tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu.

220. Sygn. akt: KIO 2558/17, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkująca odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia i podtrzymany w toku posiedzenia przed Izbą, wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wniosek ten opiera się na błędnym, zdaniem Izby, przyjęciu, iż Zamawiający nie dokonał w toku postępowania o zamówienie publiczne czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a jedynie dokonał unieważnienia postępowania, która to czynność nie mieści się w katalogu czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp podlegających zaskarżeniu w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość jest mniejsza od kwot z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, dla ustalenia faktycznych czynności, jakich dokonał Zamawiający w tym postępowaniu o zamówienie publiczne istot-

na jest nie tyle nazwa samej czynności, co jej treść i merytoryczne podstawy takiej decyzji. Z treści pisma z dnia 28.11.2017r. „informacja o unieważnieniu” wynika wprost, że Zamawiający nie tylko dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale także uznał, iż cyt. „brak prawa do dysponowania 4 pojazdami oraz brak dopuszczenia do ruchu 2 pojazdów stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa Zamówień Publicznych”. Z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania wynika także, iż z uwagi na upływ terminu związania ofertami Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z udziału w postępowaniu, a nawet gdyby uznać, że dopuszczalnym była czynność wykluczenia to jednak z uwagi na upływ terminu związania ofertami innymi wykonawców nie jest możliwe zawarcie umowy i z tego względu Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp było zatem jedynie konsekwencją stwierdzenia przez Zamawiającego braku spełnienia wymagań przez Odwołującego i jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz upływu terminu związania ofertami. Stąd Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż odwołanie, które zostało złożone w postępowaniu poniżej progów unijnych, dotyczy wyłącznie czynności unieważnienia postępowania, która nie podlega zaskarżeniu w takich postępowaniach o zamówienie publiczne. Istota sporu i zarzuty odwołania sprowadzają się do nieuzasadnionego, w ocenie Odwołującego, wykluczenia go z udziału w postępowaniu na skutek uznania na etapie podpisania umowy, iż nie spełnia on wymagań w zakresie potencjału technicznego oraz że jego oferta nie wiąże i w tym zakresie odwołanie należy uznać za dopuszczalne w świetle art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

221. Sygn. akt: KIO 2579/17, Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert. Zarzuty dotyczące opisu kryteriów oceny ofert zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliuguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Art. 189 ust. 6

222. Sygn. akt: KIO 2506/17, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2017 r.

Odnosnie wniosku Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy w stosunku do Zamawiającego w zakresie przedstawienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, a niezbędnych jego zdaniem do uzupełnienia argumentacji wskazanej w odwołaniu, Izba uznała, że brak jest podstaw formalno-prawnych do jego uwzględnienia. Co do zasady rozprawa w postępowaniu odwoławczym jest jawna. Jako wyjątek od zasady, wyłączenie jawności może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy jest to rzeczywiście uzasadnione, po wnikliwej analizie okoliczności, które miałyby stanowić uzasadnienie takiego wyłączenia. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą postanowień SIWZ, a nie są związane z ofertą Odwołującego, zatem Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego w tym zakresie.

Art. 190 ust. 1–7**223. Sygn. akt KIO 1928/17, Wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r.**

Nie ulega wątpliwości, że ciężar udowodnienia zaistnienia podstaw unieważnienia postępowania spoczywał w tej sprawie na Zamawiającym. Zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponieważ Zamawiający z faktu wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania wywodził konieczność zakończenia go bez podpisania umowy, zobowiązany był wykazać sporne okoliczności faktyczne co do wypełnienia przesłanek wynikających z przepisów, na które się powołał.

224. Sygn. akt: KIO 1441/17, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego nawet posiadanie przez sąd (w tym przypadku skład orzekający Izby) wiedzy i wiadomości specjalnych umożliwiających ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, nie jest przesłanką odstąpienia od powołania biegłego, gdyż powyższe spowodowałoby odebranie stronom postępowania prawa do polemiki z taką oceną dokonaną przez sąd. Nadto strony i uczestnicy postępowania informację o tej ocenie, jej prawidłowości i przebiegu rozumowania o faktach, uzyskiwałyby dopiero na etapie uzasadnienia wydanego orzeczenia. Oznacza to, iż organ orzekający nie może wykorzystać posiadanej wiedzy specjalistycznej, gdyż powyższe właśnie stanowiłoby rażące naruszenia zasady kontrydiktoryjności postępowania i bezstronności składu orzekającego. Takie postępowanie odbierałoby stronom prawo do udowodnienia swoich twierdzeń, w tym przedkładania dowodów na odparcie dowodów strony przeciwnej, jak również uniemożliwiałoby odniesienie się do oceny zgromadzonego materiału dowodowego, którego ocena wymaga wiadomości specjalnych i tym samym weryfikacji tej oceny przy użyciu własnych ekspertów mogących ewentualnie podważyć i zakwestionować zawarte w opinii biegłego wnioski i sposób ich uzyskania.

Na powyższe wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 października 2011 r. (sygn. akt III CSK 3/11) wskazując, że: „jeżeli rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, tj. wykraczających poza zakres wiedzy powszechnie dostępnej przeciętnie wykształconemu ogółowi, to zawnioskowany dowód z opinii biegłego powinien być przeprowadzony, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał. Odmienne stanowisko pozbawiłoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu i prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego”. Teza ta potwierdzona jest także innymi orzeczeniami Sądu Najwyższego, w tym w wyroku z dnia 19 grudnia 1990 r., (sygn. akt I PR 148/90, OSP 1991, nr 11, poz. 300) i z dnia 18 lipca 1975 r., (sygn. akt I CR 331/75, LEX nr 7729).

A zatem o konieczności powołania dowodu z opinii biegłego decydują okoliczności danej sprawy (istnienie faktów, których ocena wymaga wiedzy specjalistycznej) oraz sama zasada kontrydiktoryjności, na co wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt V CSK 381/11. W jego uzasadnieniu Sąd wskazał, iż „kontrydiktoryjność procesu wymaga zapewnienia, aby strony mogły przedstawić swoje racje i dowody istotne dla rozstrzygnięcia sprawy na rozprawie, z możliwością ustosunkowania się do nich. Zamknięcie rozprawy jest możliwe dopiero, gdy postępowanie dowodowe zostanie zakończone. Wyjątek w art. 224 § 2 k.p.c. dotyczy takich okoliczności, które nie wymagają rozprawy. Nie należy do nich przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, nawet jeśli opinia ta ma być tylko uzupełniona, ale stanowi podstawowy dowód rozstrzygnięcia w zakresie wysokości odszkodowania, która to wysokość, jak i samo odszkodowanie są kwestionowane przez pozwanego.”

W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał ponadto, iż wadliwość postępowania dowodowego powoduje, że strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Istotą dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego materiału dowodowego z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko prawidłowa identyfikacja faktów. Biegły bowiem nie tylko ocenia fakty przy uwzględnieniu wiadomości specjalnych, ale również pozwala ustalić stan faktyczny, tj. dostrzega on fakty, których bez wiadomości specjalnych dostrzec nie sposób.

Tak też wskazał w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt I CSK 200/11), gdzie wyraził pogląd, iż: „dowód z opinii biegłego nie służy uzupełnianiu twierdzeń strony o faktach czy nawet do czynienia ustaleń w zakresie faktów możliwych do stwierdzenia na podstawie innych środków dowodowych. Dowód ten może być wykorzystany do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyrowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej (art. 278 k.p.c.)”.

Co do samej inicjatywy dowodowej w przedmiocie powołania dowodu z opinii biegłego wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt V CSK 382/10) wskazując, że: „w sytuacji, w której uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, to w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej strony niedopuszczenie dowodu z takiej opinii stanowi naruszenie art. 232 zd. drugie k.p.c., gdy przeprowadzenie przez sąd z urzędu tego dowodu stanowi jedyny sposób przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu”. Analogicznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt V CSK 202/11).

225. Sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.

Biorąc pod uwagę treść art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp i dokonując ich literalnej wykładni, Izba w pełni podziela wyrażone w orzecznictwie przekonanie, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego, przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie (por. wyrok KIO z 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1651/15). W ocenie Izby odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił wykonawca, którego zaoferowana cena jest kwestionowana jako rażąco niska (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt XIII Ga 1094/16). Przyjęcie innego spojrzenia mogłoby prowadzić do sytuacji, w której strona odwołująca mogłaby poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco niska, w sytuacji gdy uczestnik postępowania musiałby udowodnić każdy element ceny (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 447/16).

226. Sygn. akt: KIO 2472/17, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu

wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

227. Sygn. akt: KIO 2540/17, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2017 r.

Z przywołanego wcześniej przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania/zamawiającego ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16), podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16.

228. Sygn. akt: KIO 2600/17, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przed-

stawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z SIWZ i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Art. 192 ust. 2

229. Sygn. akt: KIO 1471/17, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r.

Przypisywanie czynnościom materialnym Zamawiającego (dokonanym zmianom SIWZ) znaczenia proceduralnego (oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w części) wydaje się zbyt daleko idące, bez podstawy w przepisach o postępowaniu odwoławczym. W ocenie składu orzekającego nie można również zaakceptować poglądu, że czynność Zamawiającego (zmiana SIWZ) stanowi przyznanie racji Odwołującemu, w takim sensie, jak uznanie powództwa (uznanie powództwa jest co do zasady wiążące dla sądu – jeżeli zatem pozwany uzna powództwo, to sąd, zgodnie z art. 213 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, wyda wyrok uwzględniający żądania powoda). W takim bowiem wypadku Izba musiałaby uwzględnić odwołanie, ale nie mogłaby nic nakazać, ponieważ zmiany zostały już dokonane zgodnie, jak sam Odwołujący twierdził, z żądaniem odwołania (stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględniając odwołanie, nakazuje Zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie określonych czynności). Prowadzi to do wniosku, że jeżeli przed dokonaniem zmian SIWZ naruszała przepisy Prawa zamówień publicznych, to po dokonaniu zmian, satysfakcjonujących Odwołującego, naruszenia te nie mają już wpływu na wynik postępowania (a więc *a contrario* do art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, odwołanie podlega oddaleniu).

230. Sygn. akt: KIO 1643/17, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. *A contrario*, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

231. Sygn. akt: KIO 2021/17, Wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r.

W zakresie powyższym należy na marginesie dodać, że Izba zobowiązana jest nie do poszukiwania prawdy obiektywnej, a do oceny czynności Zamawiającego – w szczególności zaś

z uwagi na zasadę pisemności postępowania – ocenia czynności Zamawiającego przez pryzmat ich zgodności z prawem oraz zasadami oceny dokumentów podyktowanych logiką, wiedzą wymaganą w profesjonalnych stosunkach gospodarczych i rzeczową potrzebą.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający postąpił zgodnie z prawem przyjmując wyjaśnienia Przystępującego – miał zresztą ku temu podstawy, dysponując zarówno dokumentacją związaną z użytkowaniem i certyfikacją, jak i próbką produktu. Nie mogły odnieść skutku zarzuty odwołania sprowadzające się do stwierdzenia, że oferta Przystępującego powinna być zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ podczas, gdy żadne dokumenty zgromadzone w postępowaniu, których wiarygodności również Odwołujący skutecznie nie podważył, nie wskazywały na taką niezgodność. Izba zatem, oceniając czynność Zamawiającego jaką było zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ w toku dokonywania oceny ofert, nie dopatrzyła się jej niezgodności z prawem, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 p.z.p. („Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”).

232. Sygn. akt: KIO 2158/17, Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r.

Tytułem wstępu zaznaczyć należy, iż stan faktyczny poddany subsumpcji w toku wyrokowania różnił się od stanu faktycznego, który stał się podstawą wniesienia odwołania i istniał w jego dacie. W toku postępowania w poczet materiału dowodowego dopuszczono modyfikację treści SIWZ, przedłożoną na posiedzeniu, a dokonaną przez Zamawiającego dnia 26 października 2017 r., przy czym nie było spornym między Stronami, że zmiana SIWZ dotyczyła bezpośrednio, zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i treściowym, zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu w zakresie okoliczności faktycznych podniesionych w zarzutach nr 1, 2 i 4b, tj:

- terminu zamówienia na dostawę, instalację i wdrożenie sprzętu IT, określonego w rozdziale II SIWZ (zarzut nr 1),
- treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale III pkt 1 ppkt 2 SIWZ (zarzut nr 2),
- treści pkt 14 dot. wyposażenia macierzy, z tabeli nr 1, w rozdziale I SIWZ dot. opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznej sprzętu IT (zarzut nr 4b).

Powyższa czynność Zamawiającego doprowadziła do zmiany stanu rzeczy na datę rozprawy oraz późniejszego wyrokowania, przy czym zmiana ta nie spotkała się z żadną modyfikacją stanowisk procesowych stron postępowania.

Zauważyć przy tym należy, że nie mogło spotkać się z aprobatą w świetle obowiązującego stanu prawnego, zwłaszcza zaś art. 192 ust. 2 p.z.p., twierdzenie Odwołującego, iż powyższa zmiana SIWZ *per facta concludentia* stanowi o przyznaniu w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym zasadności zarzutów odwołania, w związku z czym zarzuty te Izba winna uwzględnić. Przeciwnie – to Odwołujący, jako odpowiedzialny za dysponowanie zakresem odwołania w zakresie sformułowanych w nim zarzutów i żądań, winien zareagować w sposób adekwatny na zmianę stanu faktycznego – zwłaszcza zaś taką, która czyni jego roszczenie (w całości lub w pewnym zakresie) bezprzedmiotowym (por. *mutatis mutandis*, wywody Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały 26 lutego 2014r. sygn. akt III CZP 119/13). (...)

Izba w składzie orzekający w niniejszej sprawie uznała, że modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 26 października 2017 r., w stosunku do stanu faktycznego wskazanego w odwołaniu spowodowała, iż odpadła podstawa faktyczna zarzutów oznaczonych przez Odwołującego nr 1, 2 i 4b, a dotyczących odpowiednio terminu zamówienia, warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz pkt 14 tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym podstawa faktyczna żądania zmian SIWZ w zakresie wydłużenia terminów realizacji zamówienia, dokonania zmiany warunku

udziału w postępowaniu, a także dokonania zmian w opisie przedmiotu zamówienia (wypożyczenie macierzy dot. pkt 14 tabeli 1) również się w toku postępowania zdezaktualizowała.

Modyfikacja SIWZ ma również bezpośredni wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę, jak wyżej wywiedziono, stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 p.z.p.) i bada, czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 p.z.p.).

Rozważania, czy zmodyfikowanie treści zmiany SIWZ potwierdza zasadność postawionych zarzutów i czy jest dorozumianym przyznaniem w tym zakresie dokonany przez Zamawiającego, nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego, bowiem na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. jednoznacznie wskazać należy, iż w stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania naruszenie zarzucanych Zamawiającemu przepisów ustawy nie może mieć miejsca, a zatem skoncentrowane na tym zarzuty stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe. Zamawiający zmienił treść SIWZ, w związku z czym zarzucane mu naruszenie przepisów ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszające uczciwą konkurencję czy też co do terminu – zasady współżycia społecznego, a także ustanowienie warunku udziału postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiającego ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, zmierzającego do zawężenia konkurencyjności w postępowaniu, nie istnieje, gdyż nie znajduje odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym sprawy.

Odwołujący nie zdecydował się na wycofanie zarzutów odwołania w tym zakresie i pomimo zmiany stanu faktycznego poprzez modyfikację SIWZ, popierał je w postępowaniu odwoławczym, w kształcie sprzed zmiany SIWZ. Uszło przy tym uwadze Odwołującego, że zmiany SIWZ wskazane w zarzutach oznaczonych nr 1, 2, 4b uzasadniane przez niego były niemożliwością złożenia ważnej oferty w postępowaniu. Zamawiający dokonał, zgodnie z żądaniami Odwołania, zmiany treści warunku i opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiając w tym zakresie złożenie się oferty, a zatem stan ten pod postulowanym przez Odwołującego kątem nie poddawał się dalszej ocenie. Skoro zatem stan faktyczny uległ zmianie zgodnie z żądaniem Odwołującego, nie mogło w tym zakresie dojść do naruszenia podniesionych przez Odwołującego przepisów ustawy, skutkiem powyższego Izba zobligowana była orzec o bezprzedmiotowości, a w konsekwencji o niezasadności tychże zarzutów.

233. Sygn. akt: KIO 2411/17, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.

(...) jakkolwiek zasadne są twierdzenia Odwołującego o braku wykazania zasadności objęcia ochroną informacji zawartych w omawianych dokumentach, to stwierdzone powyżej naruszenie w ocenie Izby, nie mogło jednak, *ad casum*, stanowić podstawy uwzględnienia odwołania w tym zakresie z uwagi na treść art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W razie stwierdzenia takich okoliczności Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 Ustawy Pzp, zobligowana jest podjąć określone w tym przepisie, adekwatne do danego stanu faktycznego, decyzje, zmierzające zasadniczo do usunięcia stwierdzonych naruszeń. W przypadku jednak stwierdzenia naruszenia przepisów, które nie wywarło, ani nie może wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba oddala oparty na nich zarzut, w konsekwencji czego pozbawiona jest możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość żądaniu związanemu z takim zarzutem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, omawiane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty Przystępującego, wobec czego odwołanie w tej części nie mogło podlegać uwzględnieniu. Podkreślić bowiem należy, iż obok zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego zastrzeżenia informacji niezbędnych do oceny, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco

niskiej ceny, Odwołujący postawił zarzut, który uznać należało za dalej idący, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Skutkiem uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że Przystępujący nie udzielił wyjaśnień, które dawałyby podstawę do stwierdzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, było uznanie, że niezasadne zastrzeżenie złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień, których część została utajniona, nie wywierało wpływu na wynik postępowania (por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 542/17).

Art. 192 ust. 7

234. Sygn. akt: KIO 1490/17, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r.

Przedmiot rozstrzygnięcia Izby stanowić mogą jedynie podstawy, jakie wskazał Zamawiający w treści decyzji o wyniku postępowania. Nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia dodatkowe okoliczności, których Zamawiający w treści tej decyzji nie wskazał (jak np. prawomocność decyzji). Przede wszystkim dlatego, że Odwołujący nie miał o nich wiedzy, a zatem nie mogły i nie stały się przedmiotem odwołania. Izba natomiast – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może rozstrzygać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

Art. 192 ust. 9–10

235. Sygn. akt: KIO 1694/17, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2017 r.

W dniu 29.08.2017 r. (...) odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron. Podczas posiedzenia Odwołujący złożył pismo o wycofaniu odwołania (...). Z kolei Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. (...) Złożono również rachunek z wnioskiem o zasądzenie kosztów zastępstwa z niego wynikających.

(...) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Ponadto Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600,00 zł stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zauważenia wymaga, że zgodnie z znowelizowanym rozporządzeniem 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 z późn. zm.) [(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – *przyp. red.*], Izba – w sytuacji cofnięcia odwołania na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, co miało miejsce w niniejszej sprawie – zasądza koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty strony związane z dojazdem na posiedzenie (§ 5 ust. 1 pkt 3 lit. b ww. rozporządzenia).

236. Sygn. akt: KIO 2282/17, Postanowienie KIO z dnia 14 listopada 2017 r.

W dniu 13 listopada 2017 r. przed otwarciem rozprawy, Odwołujący – wykonawca X S.A. z siedzibą w W. cofnął odwołanie wniesione do Prezesa KIO w dniu 30 października 2017 r. Zamawiający w piśmie z dnia 9 listopada 2017 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 13 listopada 2017 r. godz. 14:26, zaś posiedzenie z udziałem stron wyznaczono na dzień 14 listopada 2017 r. godz. 10:00. (...)

Zatem nie istniała możliwość zasądzenia kosztów postępowania, to jest m.in. wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie samego tylko oświadczenia złożonego w piśmie procesowym, gdyż ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania) [(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – *przyp. red.*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02), zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy.

Niemniej jednak istotne w niniejszej sprawie jest również to, że Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 13 listopada 2017 r.– biorąc pod uwagę okoliczność, że posiedzenie z udziałem stron wyznaczono na dzień 14 listopada 2017 r. Izba zasądza koszty zgodnie z przepisami 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 z późn. zm.), na podstawie § 3 pkt 2, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania albo po otwarciu rozprawy. Zatem nie można zgodzić się, że ziściła się przesłanka cofnięcia odwołania na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania (uprawnijająca do zasądzenia Zamawiającemu kosztów zastępstwa), gdyż w ocenie Izby, skoro termin posiedzenia został wyznaczony na dzień 14 listopada 2017 r., to Odwołujący – chcąc nie ponosić kosztów zastępstwa procesowego strony przeciwnej – mógł cofnąć wniesione odwołanie w terminie do dnia 13 listopada 2017 r. do godz. 24:00, zgodnie z zasadami kodeksu cywilnego – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

237. Sygn. akt: KIO 2549/17, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2017 r.

Pełnomocnik Zamawiającego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3600 zł brutto, nie składając przy tym żadnej faktury ani rachunku. Pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, iż jest zatrudniony u Zamawiającego na podstawie umowy o pracę.

Izba nie zasądziła wnioskowanej kwoty tytułem zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) [(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – *przyp. red.*] do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W przedmiotowej sprawie pełnomocnik Zamawiającego nie złożył żadnego rachunku.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

B

Błąd w obliczeniu ceny – 138, 139
Biegły – 224

C

Cena –
- **jednostkowa** – 134, 147
- **rażąco niska** – 133, 137, 145, 146, 147,
148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155,
156, 157, 158, 227
Certyfikat – 91
Ciężar dowodowy – 223, 227
CPV – 209
Czyn nieuczciwej konkurencji – 128, 129,
130, 131, 132, 133, 134, 135, 136

D

Dokumentacja projektowa – 36
Dokumenty:
- **aktualność** – 62, 63, 64, 65, 66, 74, 76
- **podmiotowe** – 27, 60, 62, 63, 64, 66
- **przedmiotowe** – 91
- **uzupełnianie** – 46, 64, 68, 69, 70, 71,
72, 73, 74, 75, 76, 77, 78
- **wyjaśnienia** – 70, 78
Dowody – 224, 225, 226, 228
Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej – 201

F

Fakultatywne przesłanki wykluczenia – 43,
44, 45, 46, 47, 48
Faktura – 237
Formularz ofertowy – 144
Fax – 200

G

Główny Inspektor Ochrony Środowiska –
43
Grupa kapitałowa – 41, 42
Gwarancja – 122, 140, 141, 142, 143

I

Interes:
- **w przystąpieniu** – 203
- **we wniesieniu środka ochrony prawnej**
– 106, 187, 188, 189, 190, 191, 192,
193 194, 195, 196

J

JEDZ (Jednolity Dokument Europejski) –
34, 55, 57, 61, 63, 79, 97, 99

K

Kara umowna – 49, 185
Kluczowe elementy zamówienia – 9
Konkurs – 181
Konsorcjum – 23, 24, 38, 41
Koszty – 235, 236, 237
Krajowa Izba Odwoławcza – 78
Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 27, 59, 76
Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 39
Kryteria: – 159, 160, 162, 221
– **spoleczne** – 161
Kwota na sfinansowanie zamówienia – 171,
172, 173, 174

M

Małe Średnie Przedsiębiorstwa – 96

N

Naczelny Sąd Administracyjny – 138
Należyte wykonanie zamówienia – 15, 16,
25, 26, 45, 46, 47, 79
Nieprawdziwe informacje – 28, 29, 30, 31,
32, 33, 34, 69

O

Odwołanie:
- **odrzućenie** – 200, 201, 210, 211, 212,
213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 221

- uwzględnienie przez zamawiającego – 205, 206, 207, 208
- wniesienie – 199, 200
- zwrot – 209
- Oferta:**
 - badanie i ocena – 53, 55, 56, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 219
 - częściowa – 174
 - miejsce składania – 104
 - nieważna – 144
 - odrzucenie – 120
 - otwarcie – 105, 106
 - przygotowanie –
 - treść – 120, 121, 123, 124, 127
 - wyjaśnienie treści – 75, 107, 108, 109, 110, 111, 116, 121, 126
 - zmiana – 75, 78, 109, 117, 125
- Ogłoszenie o zamówieniu** – 201
- Omyłka:**
 - inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 116
 - pisarska – 21, 121, 126, 143
 - rachunkowa – 126, 139
- Oświadczenie:**
 - woli – 5, 21, 23, 121
- Oświadczenie o spełnianiu warunków** – 26,
- Oświadczenie złożone przed notariuszem** – 59

P

- Pełnomocnictwo/Pełnomocnik** – 215
- Pilna potrzeba udzielenia zamówienia** – 101, 102
- Podatek VAT** – 134, 135, 138, 139
- Podmiot prawa publicznego** – 1
- Podmiot trzeci** – 17, 18, 19, 20, 21, 22, 77, 125
- Podmiot zbiorowy** – 59
- Podpis** – 144
- Podwykonawca** – 34, 92, 97, 98, 99
- Polisa** – 13, 14
- Poświadczenie dokumentów** – 60
- Potencjał:**
 - ekonomiczny (finansowy) – 13, 14,
 - kadrowy – 73,
 - techniczny lub zawodowy – 16, 22
- Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** – 219

- Procedura odwrócona** – 53, 54, 55, 56, 57, 58, 65, 191
- Próbka** – 120
- Przedmiot zamówienia** – 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90
- Przystąpienie/Przystępujący** – 202, 203, 204, 208

R

- Rachunek** – 237
- Referencje** – 79
- Rozprawa** – 222

S

- Sąd Apelacyjny (SA)** – 38, 80, 130
- Sąd Najwyższy (SN)** – 8, 39, 130, 141, 144, 178, 185, 217, 224, 226, 232
- Sąd Okręgowy (SO)** – 56, 80, 82, 83, 84, 87, 152, 157, 159, 180, 198, 219, 225, 228
- Self-cleaning** – 46, 48, 49, 50, 51, 52
- Specyfikacja:**
 - modyfikacja – 232
 - zapytania i wyjaśnienia – 100
- Sprzeciw** – 208
- Szkoda** – 106

Ś

- Środki ochrony prawnej** – 194, 214
- Środki komunikacji elektronicznej** – 200

T

- Tajemnica przedsiębiorstwa** – 4, 5, 6, 7, 8, 9, 77, 158
- Termin** – 5
 - odwołanie – 200, 201, 216, 217, 218
 - składania ofert – 101, 102, 105
- Trybunał Konstytucyjny** – 141
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 1, 3, 23, 24, 36, 73, 67, 78, 109, 116, 152, 157, 192, 193

U

- Udział w przygotowaniu postępowania** – 35, 36, 37

Umowa:

- nieważność – 176, 177, 178, 179
- waloryzacja – 186
- wzór – 14, 184, 185
- zmiana – 186

Unieważnienie postępowania – 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 192, 193

Uprawnienia – 26, 43

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – 38

Urząd Zamówień Publicznych – 36, 96

Usługi społeczne i inne szczególne usługi – 211, 212, 213, 214

W

Wadium – 140, 141, 142, 143

Wartość zamówienia – 210, 211, 212, 213, 214, 215

Warunki udziału w postępowaniu – 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 46, 72, 73

Wiedza i doświadczenie – 24

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 18, 103

Wojewódzki Sąd Administracyjny – 80

Wpis – 209

Wpływ na wynik postępowania – 229, 230, 231, 232, 233

Wykaz – 32

Wykluczenie wykonawcy – 25, 35, 36, 37, 39, 40

Wynik postępowania (informacja) – 103, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170

Z

Zamawiający – 1

Zamówienia podzielone na części – 93, 94, 95, 96

Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 183

Zarzuty – 2, 103, 159, 178, 197, 198, 203, 205, 206, 207, 220, 225, 232, 233, 234

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 5, 180

- pisemności – 121

- równego traktowania – 2, 3, 89

- uczciwej konkurencji – 2, 3, 5, 80, 84, 87, 88, 89, 159

Zaświadczenie:

- US – 67

- ZUS – 67

- z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – 111

Zespół Arbitrów – 83

Zmowa przetargowa – 38, 39, 40

Ż

Żądania – 205, 207, 208

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) – 1, 2, 4, 5, 6, 8, 10, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 18, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459) – 23, 26, 29, 31, 104, 121, 122, 142, 144, 159, 178, 184, 185, 223, 225, 226, 228, 236
3. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – 132, 224, 229, 236
4. Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2291) – 59
5. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – 4, 5, 7, 9, 128, 129, 131, 133, 135, 136
6. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.) – 48
7. Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126) – 48
8. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1219 ze zm.) – 200
9. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.) – 136, 138
10. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.) – 131
11. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.) – 38, 40, 41, 130
12. Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) – 25
13. Ustawa z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2006 r. Nr 171, poz. 1058) – 60
14. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 ze zm.) – 171
15. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591) – 25

16. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacjach niejawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 412 ze zm.) – 183
17. Ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku – Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1481 ze zm.) – 199
18. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – 5
19. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – 21, 47, 62, 76, 91, 95, 121, 144, 162, 174, 214
20. Ustawa z dnia 15 września 2017 r. o szczególnych rozwiązaniach zapewniających poprawę jakości i dostępności do świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2017 r. poz. 1774) – 101
21. Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r. poz. 646) – 131
22. Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L 395 ze zm.) – 192
23. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L 94, str. 65, ze zm.) – 1, 44, 48, 74, 94, 95, 96, 97, 101, 152, 214
24. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2017/17/WE (Dz. U. UE. L 2014.94.243) – 1, 95
25. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 283) – 5
26. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – 212, 235, 236, 237
27. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) – 204, 206, 208
28. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od którego jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263) – 211
29. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) – 5, 14, 59, 60, 79, 91
30. Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2167) – 160

