URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 8

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 8

WARSZAWA, PAŹDZIERNIK 2011

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 8

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Małgorzata Stręciwilk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja:

Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:

Urszula Krynicka
Małgorzata Stręciwilk

Wydawca:

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA
Centrum Usług Wspólnych
ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa
Zam. 3126/W/C/2010

Warszawa 2011 r.

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie 11

Wykaz skrótów 12

Art. 2 pkt 1 13

1. Sygn. akt: XIX Ga 18/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. 13
2. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r. 14

Art. 2 pkt 2 14

3. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r. 14

Art. 3 ust. 2 14

4. Sygn. akt: X Ga 104/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 25 czerwca 2010 r. 14

Art. 7 ust. 1 15

5. Sygn. akt: KIO 2770/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. 15
6. Sygn. akt: KIO 2745/10, KIO 2762/10, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r. 16
7. Sygn. akt: KIO 28/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. 16
8. Sygn. akt: KIO 45/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. 17
9. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. 17

Art. 7 ust. 3 17

10. Sygn. akt: XII Ga 106/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 19 marca 2010 r. 17

Art. 8 ust. 3 19

11. Sygn. akt: KIO 2709/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. 19
12. Sygn. akt: KIO 2793/10, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. 20
13. Sygn. akt: KIO 2817/10, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. 20
14. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2011 r. 21
15. Sygn. akt: KIO 228/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. 22

Art. 22 22

16. Sygn. akt: KIO 2747/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. 22

Art. 22 ust. 1 pkt 2 22

17. Sygn. akt: KIO 2723/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. 22
18. Sygn. akt: KIO 96/11, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2011 r. 23
19. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2010 r. 24
20. Sygn. akt: X Ga 123/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r. 24
21. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. 25
22. Sygn. akt: XXII GA 447/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 sierpnia 2010 r. 26

Art. 22 ust. 1 pkt 3 28

23. Sygn. akt: V Ca XXIII GA 155/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 marca 2010 r. 28
24. Sygn. akt: XIX Ga 163/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r. 28
25. Sygn. akt: XIX Ga 344/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 9 września 2010 r. 29

Art. 22 ust. 1 pkt 4 29

26. Sygn. akt: KIO 2787/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. 29

27. Sygn. akt: KIO 70/11, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r. . . . 30
28. Sygn. akt: KIO 200/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2010 r. . . . 31
29. Sygn. akt: KIO 216/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r. . . . 31

Art. 22 ust. 4 . . . 31

30. Sygn. akt: KIO 286/11, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2010 r. . . . 31

Art. 23 . . . 32

31. Sygn. akt: KIO 2817/10, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. . . . 32
32. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. . . . 33

Art. 24 ust. 1 pkt 8 . . . 33

33. Sygn. akt: KIO 63/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r. . . . 33
34. Sygn. akt: KIO 254/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. . . . 35
35. Sygn. akt: XIX Ga 225/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 7 czerwca 2010 r. . . . 35

Art. 24 ust. 1 pkt 9 . . . 37

36. Sygn. akt: VI Ga 49/10, Wyrok SO w Opolu z dnia 7 maja 2010 r. . . . 37
37. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r. . . . 38

Art. 24 ust. 2 pkt 2 . . . 38

38. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. . . . 38

Art. 24 ust. 2 pkt 3 . . . 39

39. Sygn. akt: KIO 2715/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. . . . 39
40. Sygn. akt: KIO 93/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r. . . . 39
41. Sygn. akt: KIO 304/11, Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2011 r. . . . 40

Art. 24 ust. 2 pkt 4 . . . 41

42. Sygn. akt: KIO 2744/10, KIO 2783/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. . . . 41
43. Sygn. akt: KIO 2787/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. . . . 42
44. Sygn. akt: KIO 216/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r. . . . 42

Art. 25 ust. 1 pkt 1 . . . 43

45. Sygn. akt: KIO 2768/10, KIO 2777/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. . . . 43
46. Sygn. akt: XIX Ga 225/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 7 czerwca 2010 r. . . . 43
47. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. . . . 44
48. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. . . . 44
49. Sygn. akt: XII Ga 570/10, Wyrok SO w Gdańsku z 10 grudnia 2010 r. . . . 45

Art. 25 ust. 1 pkt 2 . . . 45

50. Sygn. akt: KIO 2756/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. . . . 45
51. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. . . . 46
52. Sygn. akt: X Ga 97/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 22 kwietnia 2010 r. . . . 46
53. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r. . . . 46

Art. 26 ust. 2b . . . 47

54. Sygn. akt: KIO 2790/10, KIO 2814/10, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. . . . 47
55. Sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. . . . 48
56. Sygn. akt: II Ca 353/10, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 8 września 2010 r. . . . 48
57. Sygn. akt: XII Ga 451/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r. . . . 49
58. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. . . . 50

Art. 26 ust. 3 50
59. Sygn. akt: KIO 2770/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. 50
60. Sygn. akt: KIO 72/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r. 51
61. Sygn. akt: KIO 293/10, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r. 51
62. Sygn. akt: X Ga 60/10za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 23 kwietnia 2010 r. 52
63. Sygn. akt: II Ca 199/10, Wyrok SO w Bielsku-Białej z dnia 18 maja 2010 r. 53
64. Sygn. akt: XIX Ga 344/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 9 września 2010 r. 53

Art. 26 ust. 4 53
65. Sygn. akt: KIO 141/11, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. 53
66. Sygn. akt: V Ca 324/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2010 r. 54

Art. 27 ust. 1 55
67. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. 55
68. Sygn. akt: V Ca 226/10, Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 września 2010 r. . . 56

Art. 29 ust. 1 56
69. Sygn. akt: KIO 11/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r. 56
70. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2011 r. 56

Art. 29 ust. 2 57
71. Sygn. akt: KIO 2752/10, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r. 57
72. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. 57

Art. 29 ust. 3 57
73. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r. 57

Art. 36 ust. 1 pkt 16 58
74. Sygn. akt: XII Ga 570/11, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 10 grudnia 2010 r. 58

Art. 36 ust. 2 pkt 3 58
75. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2010 r. 58

Art. 38 59
76. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. 59
77. Sygn. akt: KIO 11/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r. 59

Art. 45 59
78. Sygn. akt: KIO 36/11, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r. 59
79. Sygn. akt: KIO 183/11, KIO 191/11, KIO 190/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. 60

Art. 46 ust. 4a 60
80. Sygn. akt: KIO 2805/10, KIO 2810/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. 60
81. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2011 r. 60

Art. 47 61
82. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. 61

Art. 62 ust. 1 pkt 4 61
83. Sygn. akt: KIO 88/11, Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r. 61

Art. 85 ust. 2 62
84. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. 62

Art. 85 ust. 4 63
85. Sygn. akt: III Ca 177/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 17 marca 2010 r. 63

Art. 87 ust. 2 63
86. Sygn. akt: X Ga 7/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r. 63

Art. 87 ust. 2 pkt 3 64
87. Sygn. akt: KIO 183/11, KIO 191/11, KIO 190/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. 64
88. Sygn. akt: KIO 522/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r. 65
89. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r. 65
90. Sygn. akt: XIX Ga 18/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. 66

Art. 89 ust. 1 pkt 2 66
91. Sygn. akt: KIO 38/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. 66
92. Sygn. akt: KIO 59/11, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r. 67
93. Sygn. akt: KIO 121/11, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. 68
94. Sygn. akt: KIO 145/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2010 r. 69
95. Sygn. akt: KIO 179/11, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2011 r. 69
96. Sygn. akt: KIO 297/11, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r. 70
97. Sygn. akt: V Ca XXIII GA 155/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 marca 2010 r. 70
98. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r. 71
99. Sygn. akt: VI Ga 48/10, Wyrok SO w Legnicy z dnia 10 maja 2010 r. 71
100. Sygn. akt: IX Ga 167/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 30 czerwca 2010 r. 72
101. Sygn. akt: X Ga 176/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 28 września 2010 r. 72

Art. 89 ust. 1 pkt 3 73
102. Sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. 73
103. Sygn. akt: KIO 39/11, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r. 74
104. Sygn. akt: VI Ca 232/10/10, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 19 maja 2010 r. 75
105. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r. 76

Art. 89 ust. 1 pkt 4 76
106. Sygn. akt: KIO 235/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r. 76
107. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r. 76

Art. 89 ust. 1 pkt 8 77
108. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r. 77

Art. 90 ust. 1 i 2 77
109. Sygn. akt: KIO 2715/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. 77
110. Sygn. akt: KIO 246/11, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r. 78
111. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. 79
112. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r. 80
113. Sygn. akt: V Ga 122/10, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. 80
114. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r. 81

Art. 91 ust. 1 82
115. Sygn. akt: KIO 290/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r. 82
116. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. 82

Art. 91 ust. 2 83
117. Sygn. akt: KIO 120/11, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2011 r. 83
118. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. 84
119. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. 84

Art. 91c 85
120. Sygn. akt: KIO 2824/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. 85

Art. 92 ust. 1 86
121. Sygn. akt: KIO 522/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r. 86

Art. 93 ust. 1 pkt 4 86
122. Sygn. akt: IV Ca 429/10, Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r. . . . 86

Art. 93 ust. 1 pkt 7 88
123. Sygn. akt: KIO 2789/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. 88
124. Sygn. akt: KIO 34/11, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r. 89
125. Sygn. akt: IV Ca 831/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. 91

Art. 96 ust. 2 91
126. Sygn. akt: KIO 2782/10, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. 91

Art. 138 92
127. Sygn. akt: XIX Ga 110/10/, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r. 92

Art. 138a ust. 3 92
128. Sygn. akt: X Ga 104/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 25 czerwca 2010 r. 92

Art. 179 ust. 1 93
129. Sygn. akt: KIO 10/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r. 93
130. Sygn. akt: KIO 41/11, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r. 94
131. Sygn. akt: KIO 290/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r. 94
132. Sygn. akt: XIX Ga 148/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 3 maja 2010 r. 95
133. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r. 95

Art. 180 ust. 5 96
134. Sygn. akt: VIII Ga 29/10, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 22 kwietnia 2010 r. 96

Art. 182 97
135. Sygn. akt: KIO 2755/10, Postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. 97
136. Sygn. akt: KIO 6/11, Postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. 98
137. Sygn. akt: KIO 282/11, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2011 r. 98
138. Sygn. akt: KIO 264/11, Postanowienie KIO z dnia 23 lutego 2011 r. 99
139. Sygn. akt: XIX Ga 302/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 16 września 2010 r. 99
140. Sygn. akt: V Ca 226/10, Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 września 2010 r. . 100
141. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r. 100

Art. 185 ust. 2 i 3 101
142. Sygn. akt: X Ga 213/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r. 101
143. Sygn. akt: IX Ga 258/10, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 2 września 2010 r. 101

Art. 185 ust. 5 101

144. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2011 r. 101

Art. 185 ust. 7 102

145. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r. 102

Art. 186 ust. 2 102

146. Sygn. akt: KIO 2779/10, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. 102

Art. 189 ust. 2 pkt 2 103

147. Sygn. akt: KIO 192/11, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2011 r. 103
148. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r. 104
149. Sygn. akt: III Ca 177/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 17 marca 2010 r. 104

Art. 189 ust. 2 pkt 5 105

150. Sygn. akt: KIO 2795/10, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. 105

Art. 189 ust. 2 pkt 7 105

151. Sygn. akt: KIO 2763/10, Postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. 105
152. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2011 r. 106

Art. 190 ust. 1 106

153. Sygn. akt: KIO 2807/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. 106
154. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r. 107
155. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r. 107
156. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r. 108
157. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r. 108

Art. 190 ust. 3 108

158. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. 108
159. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r. 109

Art. 190 ust. 4 109

160. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. 109

Art. 190 ust. 6 110

161. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r. 110

Art. 190 ust. 7 110

162. Sygn. akt: X Ga 44/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2010 r. 110
163. Sygn. akt: XII Ga 231/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 czerwca 2010 r. 111

Art. 191 ust. 2 111

164. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. 111

Art. 192 ust. 3 pkt 3 112

165. Sygn. akt: XII Ga 262/10, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 10 września 2010 r. 112

Art. 192 ust. 7 112

166. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r. 112

Art. 192 ust. 9 i 10 113

167. Sygn. akt: KIO 16/11, Postanowienie KIO z dnia 17 stycznia 2011 r. 113
168. Sygn. akt: X Ga 42/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 9 marca 2010 r. 113
169. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r. 114
170. Sygn. akt: X Ga 241/10za, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 24 listopada 2010 r. 114
171. Sygn. akt: XII Ga 570/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 10 grudnia 2010 r. 115

Art. 196 ust. 1 115

172. Sygn. akt: XII Ga 231/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 30 czerwca 2010 r. 115

Art. 198a ust. 1 115

173. Sygn. akt: X Ga 558/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 16 marca 2010 r. 115
174. Sygn. akt: X Ga 213/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r. 116
175. Sygn. akt: XIX Gz 455/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 14 października 2010 r. . 116

Art. 198a ust. 2 117

176. Sygn. akt: VII Ga 28/10 „za", Wyrok SO w Kielcach z dnia 26 marca 2010 r. 117
177. Sygn. akt: X Ga 44/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2010 r. 117
178. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r. 118
179. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r. 119
180. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. 120
181. Sygn. akt: V Ca 1352/10, Wyrok SO w Wrszawie z dnia 23 sierpnia 2010 r. 120
182. Sygn. akt: XIX Ga 387/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 1 września 2010 r. 120
183. Sygn. akt: X Ga 214/10, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 8 września 2010 r. 121

Art. 198b ust. 2 121

184. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2010 r. 121
185. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 lipca 2010 r. 122
186. Sygn. akt: V Ca 2057/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2010 r. 122
187. Sygn. akt: X Ga 228/10/za, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 14 września 2010 r. 123
188. Sygn. akt: XIX Ga 487/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 4 października 2010 r. 123
189. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. 123

Art. 198c 124

190. Sygn. akt: V Ca 1316/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 19 sierpnia 2010 r. 124
191. Sygn. akt: V Ca 3128/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 27 stycznia 2010 r. 124

Art. 198e ust. 1 125

192. Sygn. akt: II Ca 387/10, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 27 kwietnia 2010 r. 125
193. Sygn. akt: XIX Ga 202/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 6 maja 2010 r. 126
194. Sygn. akt: V Ca 1815/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 2 września 2010 r. 127
195. Sygn. akt: XII Ga 358/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 8 października 2010 r. 127
196. Sygn. akt: VI Ga 83/10, Postanowienie SO w Świdnicy z dnia 11 października 2010 r. 127
197. Sygn. akt: XII Ga 451/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r. 127

Art. 198f ust. 3 128

198. Sygn. akt: VI Ga 192/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. 128
199. Sygn. akt: XII Ga 262/10, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 10 września 2010 r. 128

Art. 198f ust. 4 128

200. Sygn. akt: IX Ga 258/10, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 2 września 2010 r. 128

Art. 198f ust. 5 129

201. Sygn. akt: X Ga 98/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2010 r. 129
202. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. 130
203. Sygn. akt: XIX Ga 387/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 lipca 2010 r. 130
204. Sygn. akt: XII Ga 374/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 9 września 2010 r. 130
205. Sygn. akt: XII Ga 358/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 8 października 2010 r. 131
206. Sygn. akt: IX Ga 308/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 listopada 2010 r. 131

Indeks rzeczowy 133

Akty prawne przywołane w wyrokach 137

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Szczególnej Państwa uwadze polecam aktualny – ósmy zeszyt orzeczniczy. Owa szczególna uwaga wynika z przeprowadzonej przez Zespół Redakcyjny obszernej analizy orzeczeń Sądów Okręgowych, rozstrzygających sprawy skarg na orzeczenia Izby. Niniejszy Zeszyt zawiera bowiem aż 124 tezy orzecznicze pochodzące z ponad dwustu orzeczeń sądowych przy łącznej ilości 206 zebranych w Zeszycie tez – pochodzących tak z orzeczeń sądowych, jak i orzeczeń Izby. Zebrane orzecznictwo Sądów Okręgowych obejmuje rozstrzygnięcia zarówno merytoryczne – często istotnych kwestii prawnych, np. związanych z czynem nieuczciwej konkurencji (np. teza 104) czy kwestii dokumentów podmiotowych dotyczących niekaralności, wymaganych od zagranicznych podmiotów, które stanowią potwierdzenie linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej (np. teza 35) – jak i formalne, w tym przede wszystkim dotyczące wymogów związanych z wnoszeniem skarg na orzeczenia Izby (np. teza 187). Powyższe jest tym bardziej cenne, że w związku ze zmniejszającą się w ostatnim czasie liczbą skarg na orzeczenia Izby z uwagi na wysokie opłaty, zmniejsza się również ilość orzeczeń wydawanych w sprawach zamówień publicznych przez sądy powszechne. Zespół Redakcyjny doszedł do wniosku, że nawet w przypadku pewnej niejednorodności rozstrzygnięć sądowych w konkretnych sprawach zasadnym będzie zamieszczenie w Zeszycie także tych rozstrzygnięć celem lepszego zobrazowania kształtujących się, również w orzecznictwie sądów, kierunków orzeczniczych (np. teza 185 i 186).

Godne uwagi są także orzeczenia Izby poddane analizie, której wynikiem jest około 80 tez zawartych w Zeszycie, a pochodzących z ponad 400 orzeczeń Izby wydanych w okresie dwóch pierwszych miesięcy 2011 r. Przykładowo można wskazać tutaj na orzeczenia, które także znalazły potwierdzenie w orzecznictwie sądowym co do kwestii niedotrzymania terminu na wniesienie odwołania wniesionego za pośrednictwem placówki pocztowej w przypadku braku doręczenia odwołania w terminie bezpośrednio Prezesowi Izby (patrz teza 136 czy 139 i następne).

W Zeszycie nie zamieszczaliśmy orzecznictwa na temat spornej kwestii podatku VAT w cenie ofertowej z uwagi na brak upublicznienia na dzień złożenia publikacji do druku uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego zapadłych w przedmiotowej sprawie w dniu 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11), które zapewne będą stanowiły wytyczne dla kierunku orzeczniczego w tej kwestii.

Małgorzata Stręciwilk

Redaktor zeszytów
Członek KIO

Warszawa, 24 październik 2011 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
DTR	– Dokumentacja techniczno ruchowa
Dz. U.	– Dziennik Urzędowy
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki kontraktowe na roboty budowlane)
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
KRUS	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
nr	– numer
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
Ustawa Pzp, PZP lub p.z.p	– ustawa Prawo zamówień publicznych
PFU	– Program funkcjonalno użytkowy
PKD	– Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
przyp. red.	– przypis redakcyjny
rRDF	– rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SIWZ lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
t.j.	– tekst jednolity
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
ust.	– ustęp
u.z.n.k. lub UZNK	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
ZNKU lub znku	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 pkt 1

1. Sygn. akt: XIX Ga 18/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do podniesionego przez Skarżącego zarzutu naruszenia art. 627 k.c. Sąd Okręgowy podziela zapatrywanie KIO, że określone w SIWZ wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Stwierdzenie to należy zaopatrzyć wstępnymi uwagami co do natury wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane, albowiem niewątpliwym jest, że na tego rodzaju usługi opiewa przedmiot zamówienia publicznego w niniejszej sprawie. Otóż art. 655 § 1 k.c. w zakresie nieuregulowanym przepisami umowy o roboty budowlane odsyła do przepisów umowy o dzieło jedynie co do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Tenże przepis nie odsyła natomiast do przepisów umowy o dzieło w zakresie wynagrodzenia należnego wykonawcy. De facto zarzut naruszenia art. 627 k.c., jest zatem bezprzedmiotowy. Niemniej jednak podkreślenia wymaga, że kwestie wynagrodzenia w przypadku umowy o roboty budowlane samodzielnie reguluje art. 647 k.c., zbliżony zresztą treścią do art. 627 k.c. Zauważyć należy, że już z samej konstrukcji tego przepisu, zgodnie z którym za wykonanie konkretnego dzieła przysługuję wykonawcy określone w umowie wynagrodzenie, wynika, że wynagrodzenie ma charakter „ryczałtowy", gdyż jest ekwiwalentem wzajemnego świadczenia – wykonania dzieła. Nie zmienia to zapatrywania, że w ramach swobody kontraktowana strony w sposób wyznaczony granicami art. 353 k.c. mogą określać zasady ustalania wynagrodzenia wykonawcy, np. w tym w sposób kosztorysowy, tak jak jest to unormowane w art. 629 k.c. Tego rodzaju klauzula, jako odstępstwo od generalnej zasady winna wynikać wprost z umowy. Omawiając te kwestie warto odnieść się per analogiam do wynagrodzenia kosztorysowego w umowie o dzieło, gdyż SIWZ nie wskazuje w tym zakresie żadnych wskazówek, które ułatwiłyby przyjęcie tezy, że wynagrodzenie to ma taki charakter, jak twierdzi Zamawiający. Na gruncie art. 629 k.c. przyjmuje się, że kosztorys umowny nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego strony. Jest on bowiem preliminarzem zestawiającym w sposób orientacyjny koszty. Z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia znaczenie ma dopiero kosztorys wykonawczy, sporządzony przez wykonawcę po ukończeniu dzieła. Kosztorys wykonawczy w zależności od przypadku: może określać wynagrodzenie niższe lub wyższe od wskazanego w kosztorysie umownym. Granicą dopuszczalnej rozbieżności między kosztorysem umownym a kosztorysem końcowym jest, aby nie nastąpiło znaczne przekroczenie kosztorysu w rozumieniu art. 631 k.c. Przekładając to na grunt niniejszej sprawy można dojść do wniosku, że określone w SIWZ wynagrodzenie ma niewątpliwie charakter ryczałtowy. Wynika to wprost z pkt XII. Zgodnie z nim cena powinna być obliczoną na podstawie przeprowadzonej przez wykonawcę wizji miejsca realizacji robót oraz kosztorysu robót, sporządzonego w oparciu o dokumentację projektową i specyfikację techniczną, przy czym cena oferty nie może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy. Kosztorys w tym wypadku – jako obligatoryjny element oferty obrazuje jedynie sposób określenia ceny za całość wykonanych prac, przy czym cena nie może ulec zmianie w trakcie wykonania umowy. Gdyby było inaczej, to stosownie do tego co zostało wcześniej powiedziane cena za wykonanie objętych zamówieniem publicznym robót budowlanych, zostałaby dopiero określona na podstawie kosztorysu sporządzonego po wykonaniu dzieła, co przecież nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Czyni to zasadnym wniosek, że wskazana w SIWZ cena ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Nie wynika bowiem z treści tej specyfikacji, że strony ustanowiły charakterystyczny dla wynagrodzenia kosztorysowego sposób ustalania ceny za wykonane roboty budowlane. Z tych powodów nie mógł się ostać zarzut nr 1 zawarty w skardze.

2. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r.

Rozpoznając zarzut drugi wskazać należy, iż Sąd Okręgowy w pełni podziela przedstawione w tym zakresie rozważania Krajowej Izbie Odwoławczej. W kwestii rozumienia pojęcia „cena" przepisy Prawa zamówień publicznych (art. 2 ust. 1) odsyłają do definicji określonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Powołany przepis ustawy o cenach stanowi, iż ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych. Analiza postanowień formularza ofertowego oraz zapisów SIWZ prowadzi do wniosku, iż w takim właśnie znaczeniu zamawiający posługuje się pojęciem ceny. Z uwagi zaś na specyfikację niniejszego przedmiotu zamówienia zamawiający określił sposób oceny ofert z uwzględnieniem niniejszego przedmiotu zamówienia określił sposób oceny ofert z uwzględnieniem najlepszego dla niego stosunek ceny do innych kryteriów, a nie jedynie posługując się kryterium ceny. Powyższe możliwość jest w pełni uzasadniona i dopuszczalna z uwagi na treść art. 91 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Również przepis art. 2 ust. 5 Pzp stanowi, iż pod pojęciem najkorzystniejszej oferty – należy rozumieć ofertę, która przedstawia najlepszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Za niezasadne należało zatem uznać stanowisko skarżącego o niedopuszczalności zawarcie w SIWZ zarówno wymogu przedłożenia listy punktów handlowych i gastronomicznych, jak i też ustalenia, iż najkorzystniejszą jest oferta zawierająca dużą ilość tych punktów przy stosunkowo niewielkim procentowym udziale ceny.

Art. 2 pkt 2

3. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych w skardze zarzutów podnieść należy, iż w ocenie Sądu Okręgowego nie ma wątpliwości, iż zakres znaczeniowy pojęcia „dostawa" zdefiniowanego przez ustawodawcę w art. 2 ust. 2 PZP obejmuje również dostawę bonów żywieniowych, tj. znaków legitymacyjnych na podstawie, których posiadacz otrzymuje towary. Zaznaczyć należy, iż powyższy przepis szeroko ujmuje przedmiot dostawy wskazując, iż mogą nim być rzeczy, prawa oraz inne dobra. W konsekwencji, zarzut odwołującego się, iż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot w postaci bonów żywieniowych nie może być w świetle art. 2 pkt 13 Pzp przedmiotem zamówienia publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 3 ust. 2

4. Sygn. akt: X Ga 104/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 25 czerwca 2010 r.

Ponad te prawidłowe ustalenia i rozważania Izby wskazać jedynie można, że punktem wyjścia dla rozważań mających na celu ustalenie, czy w przedmiotowym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp winno znaleźć założenie, że ustawodawcę cechuje racjonalizm w tworzeniu prawa. Przyjęcie tej zasady skutkuje uznaniem, że w obrębie jednego aktu prawnego, istniejąca definicja określonego pojęcia znajduje do tego pojęcia zawsze zastosowanie. Innymi słowy mówiąc, dane pojęcie w obrębie tego samego aktu prawnego winno być zawsze definiowane w ten sam sposób. Dotyczy to w szczególności sytuacji, jak w niniejszej sprawie, gdy owo sporne pojęcie jest w ustawie zdefiniowane. W świetle zasady dokonywania wykładni aktów prawnych bezspornym jest, że definicja praw szczególnych z art. 3 ust. 2 Pzp jest definicją legalną. To z kolei, w oparciu o powołaną wyżej zasadę racjo-

nalizmu ustawodawcy prowadzi do wniosku, że definicja ta odnosi się do wszystkich przepisów, w których użyte jest to pojęcie. Nie ma więc racji skarżący, że definicja legalna z art. 3 ust. 2 Pzp nie odnosi się do art. 138a ust. 3 tej ustawy. Argument skarżącego, który podnosi, że w wyniku takiej wykładni powstaje norma pusta, niezależnie od jego ewentualnej słuszności, nie może rzutować na stosowanie ustawy. Nie sposób również zgodzić się z przyjętym przez skarżącego sposobem wykładni omawianych przepisów, zgodnie z którym skoro w art. 3 ust. 2 Pzp zdefiniowane są „prawa szczególne lub wyłączne" to ich definicja nie dotyczy art. 138a ust. 3 Pzp, w którym mowa jest jedynie o „prawach szczególnych".

Art. 7 ust. 1

5. Sygn. akt: KIO 2770/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

(…) zamawiający jest uprawniony w każdym czasie, zarówno z własnej inicjatywy, jak i na skutek sygnałów od innych podmiotów unieważnić własne czynności, w celu doprowadzenia ich do stanu zgodności z prawem. Istotne jest, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy) oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjęte wadliwie decyzje, to należy uprawnienie to wywieść z powołanych wyżej przepisów. W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo, dopóki nie zawrze umowy [nie udzieli zamówienia], prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą. Należy zatem uznać, że nie jest niedopuszczalne podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, zamawiający utrzymałby je w mocy. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami [*vide:* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1939/10]. Ta sama zasada równości powinna wyrażać się jednakowym traktowaniem wszystkich wykonawców w postępowaniu. Nie przesądzając zatem kwestii i nie poddając ocenie podniesionej w odwołaniu sprawy wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zdolność finansową, czego – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego – Zamawiający nie uczynił wobec innego, niewybranego w postępowaniu wykonawcy, podkreślić należało, iż Zamawiający powinien wskazaną regułę zastosować do wszystkich wykonawców. Powyższa kwestia nie została jednak podniesiona w aktualnie złożonym odwołaniu jako zarzut w odniesieniu do oferty tego wykonawcy, jak również we wcześniejszym odwołaniu (w sprawie KIO/2451/10), stąd należało argumentację w tym zakresie z jednej strony uznać za spóźnioną, z drugiej zaś nie podlegającą rozpoznaniu, wreszcie pozostającą bez wpływu na wynik tego postępowania.

6. Sygn. akt: KIO 2745/10, KIO 2762/10, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Powyższa zasada nie tylko oznacza zakaz różnego traktowania wykonawców ze względu na miejsce zamieszkania, siedzibę wykonawcy czy formę organizacyjno-prawną, pod którą wykonawca ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wydawania wytycznych do przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań, nawet gdy złożone dokumenty mogą budzić wątpliwości. Tego typu działania wyczerpują znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

7. Sygn. akt: KIO 28/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r.

Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja). Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach

ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiekolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

8. Sygn. akt: KIO 45/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych w toku rozprawy przez Odwołującego Izba zwraca uwagę, że dokumenty te zostały przedłożone z opóźnieniem, bowiem zamiast złożenia ich w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wezwanie Zamawiającego temu właśnie podmiotowi, przedłożone zostały dopiero na rozprawie Izbie. Oświadczenie podmiotu trzeciego z dnia 5 stycznia 2010 r. oraz umowa o przekazanie *know-how* z dnia 11 października 2010 r., gdyby zostały przekazane Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłyby stanowić wystarczający dowód na potwierdzenie możliwości korzystania przez Odwołującego z potencjału podmiotu trzeciego, przynajmniej w zakresie potencjału finansowego, kadrowego, technicznego, jak i wiedzy i doświadczenia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kieruje się określonymi rygorami i procedurami, których niedopełnienie przez wykonawcę wywołuje w sferze jego uprawnień negatywne konsekwencje, takie, jak wykluczenie z udziału w postępowaniu, które nie może być konwalidowane, poprzez przedkładanie dodatkowych nowych dokumentów dopiero w toku postępowania wywołanego użyciem środków ochrony prawnej. Przyjęcie takiego sposobu działania wykonawcy prowadziłoby bowiem do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców, jak również zasady uczciwej konkurencji.

9. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r.

Niewątpliwie z punktu widzenia komercyjnego, gospodarczego, czy też społecznego musi budzić kontrowersję wybór oferty, która była o 100% droższa, niż oferta skarżącego, niemniej jednak zamawiający przeprowadził przetarg zgodnie z przepisami ustawy, jeśli mowa o zachowaniu określonym ramami art. 85 ustawy. W świetle powyższego, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut skarżącego odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 3

10. Sygn. akt: XII Ga 106/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 19 marca 2010 r.

(…) nie ma między stronami sporu co do tego, że po rozpoczęciu procedury przetargowej doszło do przekształcenia podmiotowego jednego z oferentów, w ten sposób, że spółka nie

będąca oferentem przejęła w całości spółkę, która nabyła uprawnienie do złożenia oferty. Przekształcenie nastąpiło w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., ze skutkami określonymi przez art. 494 § 1 k.s.h. Skarżący zarzucił, że takie przekształcenie jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy z dniu 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 ze zm., dalej ustawa) [*aktualnie Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*]. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut skarżącego nie jest zasadny. W pierwszym rzędzie podkreślić należy, że przepisy ustawy nie wyłączają, wprost możliwości dokonywania przekształceń podmiotowych wykonawców biorących udział w przetargu. Zgodnie zaś z treścią art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dniu 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Skoro więc żaden przepis szczególny ustawy nie wyłącza możliwości dokonania przekształcenia oraz nie wyłącza skutków przewidzianych dla sukcesji generalnej przez kodeks cywilny, to byłoby zbyt daleką ingerencją, w ustawodawczą rolą parlamentu, uznanie, że w trakcie procedury przetargowej nie jest dopuszczalne dokonywanie przekształceń podmiotowych. Kodeks cywilny i kodeks spółek handlowych wskazują, że możliwe jest takie przekształcenie spółek handlowych, że jedna z nich przejmuje drugą przez przejęcie całego majątku za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej. W takiej sytuacji spółka przejmująca wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Kodeks spółek handlowych oraz kodeks cywilny nie przewidują żadnych wyjątków w zakresie prawa cywilnego (inaczej niż w prawie administracyjnym zakresie koncesji i zezwoleń). Skoro więc spółka przejmująca nabywa wszystkie prawa spółki przejmowanej to nie ma żadnych podstaw, dla których można byłoby uznać, że spółka przejmująca nie może kontynuować jako wykonawca postępowania o udzielenie zamówienie publicznego. Wykluczenie takiej możliwości, poprzez odrzucenie oferty wykonawcy – spółki przejmującej, w efekcie prowadziłoby do uznania, że nie jest dopuszczane dokonywanie przekształceń w trybie art. 492 k.s.h. w czasie kiedy trwa procedura zamówienia publicznego. Taki wniosek, bez wyraźnej regulacji ustawodawczej, nie jest w ocenie Sądu Okręgowego możliwy. Skarżący wskazywał, że obok oceny dopuszczalności takich przekształceń spółek dokonywanej w ramach prawa cywilnego i handlowego, należy również ocenić dopuszczalność takich przekształceń w ramach ustawy prawo zamówień publicznych. Należy jednak podkreślić, że zakazu dokonywania przekształceń nie ma wyrażonego wprost w tekście ustawy, a także w ocenie Sądu Okręgowego nie można go wyinterpretować z treści art. 7 ust. 3 ustawy. Z zgodnie z nim zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający ma więc obowiązek udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza, o ile wybór tego wykonawcy dokonał się zgodnie przepisami ustawy. Z zasady legalizmu działania zamawiającego można bowiem wywieść nakaz powierzenia wykonania zamówieniu tylko takiemu wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu oraz nakaz powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy. Treść art. 7 ust. 3 wskazuje, iż udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie na rzecz wykonawcy wybranego w wyniku przeprowadzenia procedury udzielania zamówień w określonym trybie. Tym samym, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze przetargowej. Uważa się również, że art. 7 ust. 3 nie odnosi się wyłącznie do etapu zawierania umowy, ale także późniejszego jej wykonania. Podmiotowe przekształcenie umowy, dokonywane w celu zmiany podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia publicznego będzie stanowić naruszenie ogólnych zasad udzielania zamówień (*por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod. red. Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r.*). Innymi słowy mówiąc omawiana regulacja odnosi się jedynie do takich sytuacji, w których zamówienie udzielone zostanie nabywcy, który w ogóle nie brał udziału w przetargu, a jego oferta nie podlegała ocenie według określonych przez Zamawia-

jącego kryteriów. Dalej nie jest również dopuszczalne dokonywanie cesji obowiązków wynikających z już podpisanej umowy. Zakaz ten wynika jednak bardziej z celu ustawy niż z zapisu art. 7 ust. 3. Treść tego artykułu nie dotyczy jednak dokonywanych w trakcie trwania przetargu przekształceń podmiotowych dotyczących oferentów. Następca prawny (w tym przypadku spółka przejmująca) wstępuje bowiem w całokształt sytuacji prawnej poprzednika, a więc procedura dotycząca oceny nowego podmiotu stanowi kontynuację oceny dotychczasowej oferty. Nie ma więc miejsca sytuacja, że do postępowania wstępuje zupełnie nowy podmiot, do tej pory w ogóle nie występujący. Wykonawca, którego oferta będzie oceniania jest kontynuatorem prawnym swojego poprzednika. Ponadto skoro nabywa on cały majątek spółki przejmowanej, jej doświadczenie i tzw. *know how*, to to niewątpliwie nie ma zagrożenia dla interesu publicznego, w tym rozumieniu, że zamówienie otrzyma wykonawca nie legitymujący się wystarczającą fachowością. Skarżący podniósł jednocześnie, że wykonawca spółka przejmująca jest podmiotem pod względem prawnym nowym, który nie składał oświadczeń dotyczących zarówno sytuacji podatkowej, jak i karnej dotyczącej tego podmiotu i członków zarządu. W istocie oświadczenia takie nie zostały złożone, nie można jednak wysnuwać wniosku, że podmiot ten zalega z zapłatą podatków, był karany, albo członkowie zarządu byli karani. Sąd Okręgowy nie może domniemywać istnienia takich okoliczności, tak więc dopóki nie zostaną one udowodnione, zgodnie z ogólną regułą rozkładu dowodów, to nie mogą być przedmiocie ustaleń faktycznych. Ponadto niewątpliwie przejmująca oświadczenia takie złożyła i zostały one zweryfikowane w trakcie postępowania. Były one prawdziwe na dzień ich przedłożenia. Ustawa nie przewiduje późniejszej ponownej weryfikacji takich oświadczeń lub obowiązku ponownego ich złożenia, a przecież w trakcie realizacji zamówienia sytuacja prawna zarówno wykonawcy, jak i członków zarządu mogłaby tak się zmienić, że nie byłby spełnione wymagania dotyczące takich oświadczeń. Ustawa ustala jednak zasadę, że oświadczana weryfikowane są tylko na określony dzień – moment, w którym są one badane, niezależnie od późniejszych zmian w tych okolicznościach. Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że dopuszczalne jest w trakcie trwania procedury zamówienia publicznego przekształcenie podmiotowe wykonawcy, polegające w szczególności na przejęciu jednej spółki przez inną. Spółka przejmująca wchodzi w całą sytuację prawną poprzednika prawnego, w tym również ma prawo dalej uczestniczyć w procedurze, a oferta podlega takiej samej ocenie jak oferty pozostałych oferentów. W ocenie Sądu Okręgowego nie ma uzasadnienia blokowania dostępu do rynku zamówień publicznych podmiotom podlegającym zmianom i zakładanie a priori złej wiary i zamiaru obejścia przepisów prawa przez te podmioty.

Art. 8 ust. 3

11. Sygn. akt: KIO 2709/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r.

Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak podkreśliło konsorcjum (…) w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2010 r., zarówno X, jak i Y [*wchodzące w skład Konsorcjum – przyp. red.*] chronią w sposób szczególny w odniesieniu do wszystkich obszarów swojej działalności. Także w tym konkretnym przypadku w odniesieniu do danych wykorzystanych w ofercie dla potrzeb tego konkretnego zamówienia podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Szczegóły dotyczące oferowanego pojazdu zna ograniczona liczba osób uprawnionych do dostępu do tajnych informacji, zobowiązana jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich klauzulami poufności. Tak więc, w ocenie Izby, niewątpliwym jest, iż wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności. A ponieważ granica między wiadomościami objętymi pojęciem tajemnica przedsiębiorstwa, a pojęciem powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy, niewątpliwie jest nieostra istotne jest także zachowanie się danego wykonawcy, który obowiązany jest podjąć niezbędne czynności w celu zachowa-

nia poufności informacji, a takie działania – jak wykazało konsorcjum X – faktycznie zostały podjęte. Tym samym Izba uznała, iż charakter informacji zawartych w Części 2 oferty konsorcjum X, jak i wyjaśnieniach z dnia 29 września 2010 r. i dnia 7 października 2010 r., jak i działania podjęte przez konsorcjum (…) uzasadniały objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

12. Sygn. akt: KIO 2793/10, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r.

W ocenie Izby zastrzeżone przez przystępującego informacje nie spełniają żadnej z ustawowych przesłanek, aby można było mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa. W rzeczywistości przystępujący zastrzegł w swojej ofercie informacje w postaci nazw handlowych, znaków towarowych, symboli, oznaczeń sprzętu, oprogramowania ich kolejnych wersji, które są ogólnie dostępne i znane na rynku. Zdaniem Izby informacji takich nie sposób uznać za informacje o charakterze technicznym, technologicznym, handlowym czy też organizacyjnym. Nie sposób również podzielić stanowiska przystępującego, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana wiedza o spełnianiu wymogów SIWZ. Izba wskazuje, iż informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym gdzie przedmiot zamówienia został precyzyjnie opisany przez zamawiającego, a zaoferowane produkty nie powstały na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne nie stanowią *„know-how"* wykonawcy i jako takie nie mogą być utajnione informacje na ich temat nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie znajduje również uzasadnienia dla stwierdzenia, iż zastrzeżone przez przystępującego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Należy wskazać, iż nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł co ma miejsce w tym przypadku, gdyż wiadomości dotyczące producenta, modelu, typu, wersji oferowanego sprzętu i oprogramowania są ogólnie dostępne chociażby na stornach internetowych. W ocenie Izby zebrany materiał dowodowy nie pozwala również stwierdzić, iż przystępujący podjął jakieś dodatkowe kroki poza zastrzeżeniem wskazanych dokumentów jako poufnych w ofercie, w celu ochrony informacji przed dostępem osób trzecich. Należy wskazać, iż zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może mieć na celu jedynie uniemożliwienie zapoznania się z ofertą w czasie trwania postępowania. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem przystępującego, że nawet jeśli informacja zastrzeżona początkowo w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa zostanie ujawniona jako załącznik do umowy to i tak przez okres do podpisania umowy przystępującemu przysługuje uprawnienie do ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Dana informacja jest albo nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa niezależnie od prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stoi na stanowisku, iż zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym. Dokument ten nie zawiera, żadnych szczegółowych kosztów, a jedynie ceny poszczególnych sprzętów, oprogramowania ogólnie dostępnych na rynku.

13. Sygn. akt: KIO 2817/10, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, którym nie zaprzeczył Zamawiający, że w przedmiotowym postępowaniu oferowany sprzęt oraz jego komponenty mają charakter sprzętu standardowego, a nie dedykowanego. W tej sytuacji nie budzącym wątpliwości jest fakt, iż parametry techniczne standardowego sprzętu są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów w ulotkach oraz na stronach internetowych. Tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są podawane do wiadomości publicznej i nie posiadają w przedmiotowym przypadku wartości gospodarczej, technicznej

czy też technologicznej. Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego zawartych w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz prezentowanych na rozprawie, iż oferowany w postępowaniu sprzęt oraz oprogramowanie nie jest standardowe, a zostało przygotowane specjalnie dla tego postępowania, Izba uznała ww. twierdzenia za gołosłowne, ponieważ nie zostały one poparte przez Przystępującego żadnym dowodem, a to właśnie na nim, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, spoczywa ciężar udowodnienia niniejszego faktu. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący się zarówno w odwołaniu jak też na rozprawie, domagał się odtajnienia jedynie informacji dotyczących parametrów technicznych zaoferowanych przez wykonawców urządzeń a nie, jak twierdził Przystępujący, określonych rozwiązań technicznych, czy też specyficznych stosowanych technologii. Izba wskazuje, że okoliczność zobowiązań umownych obu Konsorcjów nie może być przesłanką uprawniającą wykonawców do skorzystania z możliwości uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i ich utajnienia w trybie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ o istnieniu podstaw do objęcia tajemnicą określonych informacji decyduje jedynie kumulatywne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 przywołanej wyżej ustawy. Zaprezentowana powyżej argumentacja znajduje również zastosowanie w odniesieniu do pozostałych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, m. in. tj. licencje, certyfikaty, deklaracje zgodności, które w ofercie Konsorcjum X zostały zawarte na stronach: od 129 do 155, natomiast w ofercie Konsorcjum Y na stronach: od 101 do 141. Na koniec Izba podkreśla, że z projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz wynika, że oferta wybranego wykonawcy będzie stanowić załącznik do umowy. Nie ujawnienie tak istotnej części umowy stanowiłoby naruszenie zasady jawności umów. Podkreślić, należy, że tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 19.05.2008 r. – „brak jest również podstaw prawnych do utajnienia części oferty, która będzie podstawą do sporządzenia załączników umowy zawieranej z wykonawcą" (sygn. akt UZP/KIO/409/08). Zdaniem Izby wykonawca wnoszący sprzeciw – Konsorcjum Y – nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżona przez niego część oferty stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

14. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2011 r.

Za niezasadne Izba uznała wyłączenie jawności dokumentów zawartych w części 1 Tom 1 oferty X w szczególności harmonogramu rzeczowo-finansowego, rozbicia cenowego oraz wzoru kontraktu. (…) Izba ocenia, że harmonogram rzeczowo-finansowy zawiera informacje, które referują się do informacji podawanych obligatoryjnie przez zamawiającego w czasie jawnego otwarcia ofert – ceny oferty oraz terminu wykonania zamówienia. Mimo że nie można co do zasady wykluczyć możliwości zastrzeżenia danych cząstkowych składających się na cenę oferty lub dotyczących terminu wykonania zamówienia, to badanie skuteczności ich zastrzeżenia winno być dokonywane szczególnie wnikliwie. Izba ocenia, że wskazanie wysokości środków finansowych angażowanych w danych okresach czasu nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Ogólność danych wynikających z harmonogramu oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony *know-how*. Walor taki miałyby informacje mające znaczenie z uwagi na mechanizmy konkurencji – tzn. ich uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy X na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. X nie wskazał w tej mierze na swoje indywidualne organizacyjne godne ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiek-

tywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji. Mimo, że potwierdzenie zarzutu nie niesie wprost skutku w postaci nakazania odrzucenia oferty X. Izba uznała, że naruszające przepisy wyłączenie jawności części oferty może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

15. Sygn. akt: KIO 228/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r.

(…) Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkurowania na danym rynku.

Art. 22

16. Sygn. akt: KIO 2747/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uwzględniając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdziła, że odwołujący na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z przepisu art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w rozdziale VI pkt 1-3 siwz złożył wymagane oświadczenia i dokumenty wymienione w rozdziale VII siwz. Należy zauważyć, że odwołujący składając ofertę wspólną złożył, stosownie do postanowień rozdziału VII pkt II.1 i 2 oświadczenia i dokumenty o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oddzielnie dla każdego z wykonawców. Natomiast fakt, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący będzie korzystał z usług podwykonawcy, w tym jego instalacji do unieszkodliwiania odpadów, którą to okoliczność podał w załączniku nr 6 do oferty, nie oznacza obowiązku dokumentowania braku podstaw do wykluczenia z postępowania tego podwykonawcy. Stwierdzić należy, że odwołujący nie wskazał podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie ma prawa żądać dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w odniesieniu do tego podmiotu, tj. wskazanego jako podwykonawca przy realizacji zamówienia. Tym samym, uznając za uzasadniony zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba nakazała unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

17. Sygn. akt: KIO 2723/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r.

Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem poprzez wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienie na roboty budowlane obejmujące budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400 m^3/d. Izba uznała, iż występujące tak w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w siwz rozbieżności w oznaczeniu terminu, od którego liczony jest upływ pięciu lat, winny być interpretowane w zgodzie z obowiązującym w dniu ogłoszenia, rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*(Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*]. Zgodnie z § 1 ust. 1 ppkt 2 rozporządzenia, zamawiający mógł zażądać jedynie wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Zarówno w ogłoszeniu, jaki i w siwz zamawiający raz wskazywał na termin składania ofert (ogłoszenie III.2.3 lit. a oraz siwz pkt 10.1.1), a raz na dzień wszczęcia postępowania (ogłoszenie III.2.3 przed tiret pierwszym oraz siwz pkt 9.1.2), jako termin, od którego liczony winien być okres pięciu lat, w którym wykonane roboty budowlane mogły być uwzględnione dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, istniejąca rozbieżność w postanowieniach ogłoszenia oraz siwz, winna być interpretowana w zgodzie z obowiązującym przepisem rozporządzenia, gdyż zamawiający nie może w wyniku własnych czynności dokonywać zmiany powszechnie obowiązującego przepisu prawa, a z drugiej strony również na wykonawcach, jako profesjonalnych uczestnikach obrotu gospodarczego spoczywa obowiązek znajomości prawa. Zarówno w ogłoszeniu, jak i siwz przywołana została w jednym miejscu prawidłowa treść rozporządzenia, a żaden z wykonawców nie zwrócił uwagi na odmienne brzmienie nadane w innym miejscu ogłoszenia oraz siwz. Należało zatem przyjąć za wiążącą uczestników postępowania przetargowego, w tym również zamawiającego, treść zgodną z rozporządzeniem w sprawie dokumentów. W związku z powyższym, za właściwe dla potwierdzenia wymaganej wiedzy i doświadczenia, mogły być uznane jedynie roboty budowlane obejmujące budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400 m^3/d, zakończone w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wyznaczonego ostatecznie na dzień 27 październik 2010 r.

18. Sygn. akt: KIO 96/11, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2011 r.

Co do inwestycji wykazywanej w poz. 2 wykazu robót Izba uznała, że inwestycja ta nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu z racji tego, że przedłożone przez samego Przystępującego wraz z ofertą dokumenty potwierdzają jedynie 85% realizacji prac. Z przedłożonych dokumentów nie wynika zatem, że przedmiotowa inwestycja byłaby w całości wykonana. W przypadku natomiast doświadczenia dotyczącego wykonania robót budowlanych ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które znalazły odzwierciedlenie w opisie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oczekuje się od wykonawców prezentowania jedynie doświadczenia co do zrealizowanych już robót. Roboty budowlane, które pozostają w toku ich wykonania nie mogą kwalifikować doświadczenia wykonawcy jako wystarczające w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów Izba nie mogła uznać za wystarczającego dokumentu referencji potwierdzającego prawidłowość realizacji prac jedynie w 85%. Ta okoliczność również co do zasady nie była sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym. Przedłożony dokument (zaświadczenie z dnia 18 września 2008 r.) wprost wskazuje na 85% realizacji inwestycji. Zamawiający w SIWZ dodatkowo określił, że za wykonanie robót budowlanych uzna doprowadzenie realizacji inwestycji co najmniej do wystawienia protokołu odbioru robót. Przystępujący w swojej ofercie nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że wskazane roboty budowlane zostały doprowadzone do tego momentu. Jego twierdzenia o tym, że co do wskazanej inwestycji został wystawiony protokół odbioru robót, ale wyłącznie ze względu na okres świąteczny nie mógł być on przedstawiony Zamawiającemu w trybie wezwania do uzupełniania dokumentów, nie są wystarczające dla udowodnienia spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiającemu. Należy zatem uznać, że Przystępujący w tym przypadku nie przedłożył Zamawiającemu dokumentu, który potwierdzałby należyte wykonanie w całości robót budowlanych. Przedłożony dokument potwierdza jedy-

nie należyte wykonanie części robót budowlanych, co nie może być stanowić podstawy uznania, że wykonawca spełnia postawiony warunek. Także okoliczność, że już zrealizowane prace w 85% wartościowo przekraczają znacznie wymóg Zamawiającego nie może być uznane za spełnienie wymogów SIWZ, a także obowiązujących przepisów prawa. Izba nie mogła przyjąć za miarodajne w tym zakresie oświadczeń Przystępującego, że dysponuje on protokołem odbioru robót, który potwierdza wykonanie tych robót. Dokument taki należało przedłożyć na zasadach i w trybie przewidzianym w przepisach ustawy Pzp, tj. w ofercie bądź też najpóźniej w terminie przewidzianym na uzupełnienie dokumentów na skutek wezwania skierowanego w tym zakresie do Przystępującego przez Zamawiającego. Przystępujący w tym trybie dokumentów nie uzupełnił, zatem przywoływanie aktualnie w toku rozprawy owych dokumentów nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowości wypełnienia warunków SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone przez Przystępującego tak w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, jak i przed Izbą w toku rozprawy.

19. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2010 r.

Co do kwestii ustalenia warunku doświadczenia na poziomie wykonania 5 usług Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił tego zarzutu. Odwołujący wskazał jedynie, że warunek wiedzy i doświadczenia opisany przez Zamawiającego jako realizacja co najmniej 5 zadań o odpowiadających swoim rodzajem wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. każda z osobna z usług ma polegać na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji powierzchni wewnętrznych o metrażu nie mniejszym niż 4 000 m^2 w zakładach opieki zdrowotnej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy każda (Część H pkt 1.2) SIWZ oraz sekcja III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu) narusza konkurencję. Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów na potwierdzenie się okoliczności, iż w taki sposób opisany warunek udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, czy też nieproporcjonalny, albo, że ogranicza konkurencję. Odwołujący nie wskazał nawet na okoliczność, że taki opis wskazanego warunku uniemożliwia jemu osobiście złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający natomiast uzasadnił potrzebę określenia warunku na poziomie 5 usług, wskazując na rozeznanie rynku, które przeprowadził w tym zakresie. Rozeznanie to wskazywało na powszechność świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie zakładów opieki zdrowotnej. Powszechność usługi może wskazywać na możliwość obostrzenia stawianego warunku przez Zamawiającego w danym postępowaniu. Rolą natomiast Odwołującego jest to, aby udowodnić, że to obostrzenie jest sprzeczne z przepisami prawa, czego Odwołujący nie uczynił. Zamawiający ponadto wskazał, że w ramach stawianego warunku ograniczył wymogi co do sprzątanej powierzchni oraz okresu jej realizacji w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, co dodatkowo uzasadniało podwyższenie wymogów w zakresie ilości świadczonych usług.

20. Sygn. akt: X Ga 123/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r.

Nie można podzielić stanowiska skarżącego, że jedynie wykonanie przez wykonawcę pojazdu szynowego we wskazanym okresie o wartości i parametrach określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Słusznie wskazywano przy tym w odpowiedzi na skargę, iż przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku na którym będzie udzielać zamówienia. Istotna wbrew twierdzeniom skarżącego pozostaje bowiem specyfika rynku, w obrębie którego Wykonawca prowadzi działalność. Rynek ten pozostaje bowiem ograniczony kręgiem potencjalnych nabywców, jak trafnie wskazywano w odpowiedzi na skargę, faktycznie stanowiących jedynie podmioty funkcjonujące na rynku publicznym. Już sama ta okoliczność przesądza również o ograniczonej ilości postępowań, w których wykonawca potencjalnie może uczestniczyć. Zgodzić należy się ze skarżącą, iż

warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy określony winien zostać precyzyjnie, co jednak nie oznacza, że z narażeniem zasad uczciwej konkurencji. Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie, zamawiający ma uprawnienie, działając w granicach określonych przepisami prawa, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, czy określenia ram jego realizacji. Zamawiający ma też prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Wymogi te nie mogą jedynie ograniczać uczciwej konkurencji, czyli muszą, być możliwe do spełnienia dla przeciętnej wykonawcy. Dotyczy to też zdobywania kwalifikacji i doświadczenia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09, LEX 532694). Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowań, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówieniu. Na etapie ich określania przez zamawiającego może bowiem dojść do próby ograniczenia konkurencji przy zawężeniu kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji (…). W realiach niniejszej sprawy przejąć zatem należało, iż żądane przez skarżącego doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do zamawiających legitymujących się wcześniejszymi dostawami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia pod względem rodzaju, charakteru a nie tylko dostaw tożsamych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego produkowane przez Zamawiającego pojazdy wykazują cechy wspólne w stosunku do pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia, co uzasadnia ich zakwalifikowanie jako odpowiadających rodzajowa przedmiotowi zamówienia. Określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu skutkować może bowiem eliminacją z postępowania wykonawców, którzy nie posiadłą doświadczenia w tak szczegółowo określonej materii, jakiego wymagał zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. Jakkolwiek warunek udziału w postępowaniu pozostaje adekwatny do przedmiotu zamówienia, to słusznie uznała Krajowa Izba Odwoławcza, iż jego określenie skutkowało naruszeniem art. 7 p.z.p. Dopuszczalna prawem swoboda w formułowaniu warunków np. w zakresie doświadczenia, zdaniem Sądu Okręgowego, nie może zostać uznana za swobodę nieograniczoną bowiem już sam ustawodawca przewidział obowiązek zarówno przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (por. art. 7 p.z.p.). Zdaniem Sądu brak jest zatem podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają również kompetencji do produkcji tramwajów szynowych w zakresie objętym zamówieniem.

21. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Podzielając w całości rozważania KIO w zakresie definicji remontu zawartej w przepisach ustawy z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (jednolity tekst – Dz. U. 2006 r. Nr 156, poz. 1118, ze zm.), w szczególności należy podzielić zważenie przez KIO, że w sytuacji, w której określony budynek zostaje rozebrany (zgodnie z przedmiotowymi referencjami wykonawca wykonał „roboty rozbiórkowe poprzedniego budynku"), a w tym miejscu następuje „kompletna budowa budynku mieszkalnego wraz z konieczną infrastrukturą" (co również wynika z tych referencji), robót tych nie można żadną miarą zakwalifikować jako remontu. Było to wykonanie budynku mieszkalnego, czego wymagała SIWZ. Nie można natomiast ze szczegółowego wyliczenia prac w referencji i niewymienienia wśród nich robót konstrukcyjnych, wywodzić, że wykonawca w zakresie tej roboty nie wykonał tych właśnie robót konstrukcyjnych, a więc wykonał jedynie remont. Wynika to z trzech powodów. *Primo*, jak będzie wynikało z rozważań w zakresie zarzutu zawartego w ust. 1 lit. b skargi, § 1 ust. 2

pkt 1 rRDF [*Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*], zamawiająca nie była uprawniona do żądania od wykonawcy, aby referencje wskazywały na szczególny zakres robót wykonawcy. *Secundo* z faktu, że referencje te nie zawierają wskazania robót konstrukcyjnych, nie wynika, że stanowiły one remont (nie można wykluczyć, że pod pojęciem roboty murarskie mogą kryć się roboty konstrukcyjne). Ale przede wszystkim – *tertio* – zwrócić należy uwagę, że w Rozdziale I części 4 ust. 3 lit. a SIWZ zamawiająca wymagała jedynie wykazu wykonanych należycie budynków mieszkalnych. W ramach tego wymagania nie da się wywieść, że w ramach „wykonania budynku" należało uwzględnić roboty konstrukcyjne. Jeśli zamawiająca uznała roboty konstrukcyjne za niezbędną część prac, które pozwalałyby na spełnienie powyższego warunku w zakresie doświadczenia, winna *explicite* na to wskazać w SIWZ (nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiająca wskazała, że wykonawcy mają się wykazywać również odpowiednim doświadczeniem w zakresie robót konstrukcyjnych). Skoro zaś tego nie wymagała, to referencje zawierające stwierdzenie, iż wykonawca wykonał budynek mieszkalny, należy uznać za wyczerpujące wymóg z przywołanego fragmentu SIWZ.

22. Sygn. akt: XXII GA 447/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa przyjmuje się, że zamawiający może określić jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym blankietowy charakter przepisów art. 22 pzp nie oznacza, że zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w żądaniu m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wszystkich etapów postępowania, w art. 7 ustawy, sformułowana została zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 pzp ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. W tym miejscu warto przywołać orzeczenie KIO/UZP 235/09 stwierdzające, że stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. W art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp przewidziano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek wiedzy i doświadczenia, czyli spełniają jeden z warunków podmiotowych. Warunki podmiotowe określone w art. 22 ust. 1 odnoszą się do kwalifikacji samego wykonawcy a nie oferowanych przez niego dostaw lub usług. Nie ulega wątpliwości, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków stanowi kryteria jakimi zamawiający będzie kierował się przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Spełnienie warunków udziału wykonawca wykazuje za pomocą dokumentów, a zakres dokumentów, jakich może żądać zamawiający normują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)

[*aktualnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*]. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia weryfikacja wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie zrealizowanych zamówień i służą do tego odpowiednie wykazy dostaw. Przenosząc powyższą regulację na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, iż wykonawca, który posiada wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu jednej dostawy jakichkolwiek pojazdów szynowych o napędzie elektrycznym przeznaczonych do przewozu osób lub elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu osób, a także w zakresie modernizacji wagonów metra w wymaganym przez zamawiającego okresie nie może być uznany jako wykonawca spełniający zawarty w SIWZ warunek wiedzy i doświadczenia w produkcji wagonów metra. Jak wynika z przebiegu postępowania skarżący największą wagę przykłada do wykazania, że doświadczenie uzyskane w procesie modernizacji wagonów metra daje gwarancję wykonania stanowiących przedmiot zamówienia pojazdów metra od podstaw. Sąd Okręgowy, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, argumentacji skarżącego nie podziela. Wprawdzie ogólna definicja modernizacji pojazdu kolejowego określona w § 2 pkt 2 rozporządzenia Min. Infrastruktury z dn. 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków techn. eksploat. pojazdów kolejowych (Dz.U. Nr 212, poz. 1771, z późn. zm.) nie wyłącza modernizacji wagonów metra jako pojazdów kolejowych to jednak wyraźnie wskazuje, że proces modernizacji nie może być utożsamiany z produkcją nowych pojazdów. Wskazać należy, iż zgodnie z § 1 powołanego rozporządzenia pojazd metra należy do pojazdów kolejowych, a zatem objęty jest zakresem modernizacji określonym w § 2 pkt. 2. Także przepisy ustawy z dn. 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz.U. Nr 16 z 2007 r. poz. 94, z późn. zm.), w szczególności art. 1 i 2 oraz przepisy rozporządzenia Min. Infrastruktury z dn. 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. Nr 172 poz. 1444, z późn. zm.) nie zawierają regulacji pozwalających na przyjęcie, że pojazdy metra należą do grupy innych pojazdów niż pojazdy kolejowe. Jednakże, na co słusznie wskazała KIO, warunek doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu uzasadniony jest specjalistycznymi wymaganiami i warunkami technicznymi dotyczącymi pojazdów metra, a zatem pojazdy metra należą do pojazdów kolejowych, ale różnią się od innych wagonów kolejowych specyficznymi wymaganiami technicznymi w szczególności w zakresie bezpieczeństwa. Z tego względu nawet jeśli są to pojazdy z tej samej grupy rodzajowej to z uwagi na przedmiot zamówienia zamawiający może nałożyć takie wymagania na wykonawców, które będą odnosiły się do specyfiki przedmiotu zamówienia, a nie wszystkich pojazdów z danej grupy. Biorąc zatem pod uwagę, że zamawiający ma obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania, tj. postawić takie warunki, które będą potwierdzały w praktyce posiadanie przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień należy uznać, że objęty sporem warunek nie wykracza poza niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego, w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia, o spełnieniu wymaganego przez zamawiającego warunku nie świadczy wiedza i doświadczenie w zakresie modernizacji wagonów metra. Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem KIO, że zamawiający nie jest zobligowany do dostosowania warunków udziału w postępowaniu do konkretnego wykonawcy i że kwestionowane przez skarżącego postanowienia SIWZ nie są przejawem dyskryminacji tego wykonawcy. Nie sposób bowiem uznać, że wymóg wykazania, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w produkcji taboru metra przez wykazanie, że w wymaganym okresie wykonał i przekazał do eksploatacji co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy jest wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego i to w taki sposób, że narusza zasady uczciwej konkurencji.

Art. 22 ust. 1 pkt 3

23. Sygn. akt: V Ca XXIII GA 155/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 marca 2010 r.

Wymogiem określonym przez Zamawiającego było przedłożenie wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w jego wykonywaniu według wzoru przedstawionego w załączniku do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że taki wykaz został złożony przez Wykonawcę zgodnie z tym wymogiem. Trzeba podzielić stanowisko KIO, że Zamawiający nie określił w tym przedmiocie żadnego warunku, wskazując na minimalną liczbę osób wymaganych do realizacji zamówienia, ich kwalifikacji czy formy w jakiej będą wykonywać usługi objęte przedmiotem zamówienia. Z tego względu nie można wymagać od Zamawiającego, ażeby wykazał już na etapie składania oferty pełne zabezpieczenie wykonania umowy, z uwzględnieniem wykazu wszystkich osób wykonujących w przyszłości zamówienie. Stawianie zarzutów dotyczących braku możliwości należytego wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia nie może być oparte na treści omawianego wymogu SIWZ. Z tego względu KIO słusznie uznała, że Zamawiający w tym zakresie nie określił wymogu wykazania dysponowania przez Wykonawcę, potencjału osobowego koniecznego do realizacji zamówienia.

24. Sygn. akt: XIX Ga 163/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Otóż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p. o treści obowiązującej do niniejszego postępowania z postępowania o udzielenie zamówienia publiczne wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3. W zakresie przedmiotowo istotnym dla sprawy jedną z podstaw wykluczenia z postępowania jest niedysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub nieprzedstawienie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Powyższe wymogi zostały powielone w § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a Rozporządzenia [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm., aktualnie zastąpione rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2010 r. Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.*]. Istota zatem zagadnienia sprowadza się do rozgraniczenia przypadków, gdy przystępujący do przetargu wykonawca w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ma obowiązek przedłożyć dokumenty w postaci wykazu osób, którymi, dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a kiedy jest zobowiązany do przedstawiania pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego – w stanie prawnym z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. sprzed noweli do prawa zamówień publicznych z 5 listopada 2009 roku pojęcie „dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" ma co prawda charakter klauzuli generalnej, niemniej jednak oznacza ono, że więź prawna łącząca bezpośrednio wykonawcę z tą osobą daje gwarancje, że dana osoba będzie świadczyła usługi na jego rzecz, które są niezbędne do wykonania zamówienia publicznego. Bez znaczenia przy tym jest w tej sytuacji charakter prawny tych relacji, a wobec czego mogą w grę wchodzić tutaj stosunki prawne wynikające z umowy o pracę, czy też umów pokrewnych, tudzież stosunki wynikające z umów cywilnoprawnych. W tych przypadkach spełnione zostaną warunki udziału o udzielenie zmówienia publicznego gdy wykonawca złoży wykaz osób o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia [*aktualnie § 1 pkt 6 rozporządzenia jw. – przyp. red.*]. Wnioskując *a contrario* wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia oświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 5a Rozporządzenia [*aktualnie pewien odpowiednik regula-*

cji znajduje się w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – przyp. red.], gdy nie łączy go bezpośrednia więź prawna z tą osobą, która jest osobą niezbędną do wykonania zmówienia publicznego, a jedynie z podmiotem trzecim dysponującym ową osobą. Chodzi w tym przypadku o różnorakie stosunki prawne łączące wykonawcę z tym podmiotem (np. umowa współpracy, porozumienie o delegowaniu pracowników w celu wykonania pracy, umowa o pod wykonawstwo w zakresie objętym przedmiotem zamówienia publicznego). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na fakt dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych osób. Relacje prawne tych podmiotów z osobami, które są przeznaczone do wykonania zamówienia publicznego są relewantne z punktu widzenia omawianego problemu. Dość powiedzieć, że będą to umowy bezpośrednio łączące podmiot trzeci z tymi osobami, a zatem chodzi tutaj o te przypadki objęte desygnatem pojęcia „dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia".

25. Sygn. akt: XIX Ga 344/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 9 września 2010 r.

O ile, mając na uwadze powyższe regulacje, należało zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego się wykonawcy Konsorcjum X, iż w stosunku do osób świadczących usługi transgraniczne procedura uznania ich kwalifikacji została wyłączona, co oznacza, iż ich świadczenie możliwe jest bez jakichkolwiek dodatkowych postępowań kwalifikacyjnych, o tyle nie sposób podzielić wywodów tego wykonawcy, iż skoro w ramach świadczenia usług transgranicznych od usługodawcy nie wymaga się pozwolenia na dopuszczenie do wykonywania danego zawodu, wymogu takiego nie może ustanowić również zamawiający. Wbrew temu stanowisku zamawiający nie określił, bowiem wymogów modyfikujących ustawowe przesłanki świadczenia usług transgranicznych. Zamawiający w przedmiotowym przypadku w stosunku do osób, przy udziale których wykonawca zamierza wykonać zamówienie określił bardzo szczegółowe wymagania dla spełnienia, których niewystarczające jest wpisanie na listę transgraniczną, a to stanowi zupełnie odmienna kwestię. Zamawiający w pkt IV 2.b SIWZ zastrzegł wymóg konieczności przeprowadzenia właściwego postępowania weryfikacyjnego przez odpowiedni organ samorządu zawodowego w Polsce zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż wpisanie na listę osób świadczących usługi transgraniczne należy uznać jedynie za czasowe zezwolenie na wykonywanie zawodu architekta, inżyniera budownictwa, czy urbanisty na terenie Polski. Jak już wskazano, ponieważ świadczenie usług transgranicznych nie wymaga przeprowadzenia weryfikacji posiadanych przez wpisane tam osoby kwalifikacji nie można uznać, aby posiadanie takiego wpisu stanowiło o spełnieniu wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ. Mając na uwadze powyższe wywody brak było podstaw do przeprowadzania postępowania dowodowego przez KIO w postaci dowodu z opinii biegłego na okoliczność równoważności uprawnień inżynierów wskazanych przez odwołujące się Konsorcjum X i niejako zastąpić w ten sposób weryfikację kwalifikacji wymaganą przez zamawiającego już na etapie składania ofert.

Art. 22 ust. 1 pkt 4

26. Sygn. akt: KIO 2787/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r.

W ocenie Izby bez znaczenia dla potwierdzenia spełniania warunku określonego w s.i.w.z. dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej jest bowiem to, czy umowa z polisy X jest rozszerzeniem umowy ubezpieczenia z polisy Y czy też odrębną umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności gospodarczej prowadzonej przez Przystępującego. Istotne jest, że łączna suma ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu

prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia z tych umów wynosząca 1.200 tys. zł (jedynie taka informacja wynika z adnotacji uczynionej przez agenta ubezpieczeniowego na polisie Y) – odpowiada sumie ubezpieczenia wymaganej przy składaniu ofert na 4 części zamówienia (jak to uczynił Przystępujący). Zamawiający wymagał bowiem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 300 tys. zł na każdą część, nie stawiając żadnych szczególnych wymagań co do warunków tego ubezpieczenia, nie ograniczając tym samym również możliwości uzyskania wymaganego progu sumy ubezpieczenia więcej niż jedną umową ubezpieczenia. Natomiast zupełnie niezrozumiałe są wywody Odwołującego zawarte w odwołaniu, iż „dokumentu uzupełnionego przez C. nie można uznać za polisę ani także za inny dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej", rozciągnięte na rozprawie zarówno na samą polisę X, jak i na aneks do niej. Otóż podstawą do takiej oceny prawnej jest dla Odwołującego przepis art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, zawierający rzekomo „legalną definicję polisy", do której należy się odwołać przy rozumieniu „polisy" lub „innego dokumentu potwierdzającego" z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*(Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*]. Jest to zupełnie karkołomna argumentacja, nieznajdująca de facto żadnego oparcia w przywołanym przepisie art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Przepis ten, zamieszczony w Rozdziale 6 Swoboda świadczenia usług ubezpieczeniowych, dotyczy bowiem wymaganej zawartości polisy lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia właśnie w ramach swobody świadczenia usług ubezpieczeniowych w Unii Europejskiej, tzn. wykonywania działalności ubezpieczeniowej przez krajowy zakład ubezpieczeń na terytorium państwa członkowskiego UE lub przez zagraniczny zakład ubezpieczeń z państwa członkowskiego UE na terytorium Polski. Zatem w okolicznościach faktycznych sprawy – polisa i aneks zostały sporządzone w kraju przez krajowy zakład ubezpieczeń, co nie było kwestionowane przez Odwołującego – szczególna regulacja przepisu art. 141 tej ustawy w ogóle nie znajduje zastosowania. Natomiast żadnej innej argumentacji prawnej przeciwko polisom złożonym przez Przystępującego w ofercie, w brzmieniu ustalonym w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, Odwołujący nie podniósł.

27. Sygn. akt: KIO 70/11, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r.

Izba uznała, iż przedłożone zaświadczenia z banków: X oraz Y oznaczają, że odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 6.1.5. SIWZ, gdyż dokumenty te potwierdzają zdolność kredytową wykonawcy na wymaganą kwotę 2 500 000,00 zł. Za bezpodstawne Izba poczytała zarzuty zamawiającego, że zaświadczenie z dnia 7 grudnia 2010 r. X zawiera zastrzeżenie, iż nie jest równoznaczne z promesą udzielenia kredytu. Przepis § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) upoważnia jedynie do żądania „informacji" z banku. Promesa jest zaś wiążącym zobowiązaniem banku do udzielenia kredytu w oznaczonej kwocie. Zamawiający nie są uprawnieni do wymagania promesy kredytowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Bezsporną okoliczność stanowiło, iż termin składania ofert został wyznaczony do dnia 8 grudnia 2010 r. Zastrzeżenie, że informacja zachowuje ważność do 6 stycznia 2011 r. nie miało zatem żadnego znaczenia. Trafnie powołał się odwołujący na unormowania § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…), który wymaga jedynie, aby informacja z banku była wystawiona nie wcześniej niż na trzy miesiące przed terminem składania ofert. Wykonawcy nie są również zobowiązani utrzymywać kwoty wykazywanej na rachunku, przez dalszy okres po złożeniu oferty, czy też przez czas realizacji zamówienia.

28. Sygn. akt: KIO 200/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2010 r.

Słusznie, w ocenie Izby, tak Zamawiający, jak i Przystępujący, wykazywali, iż ubezpieczenie ma obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność ta ma być związana, nie zaś, jak chciał tego Odwołujący, tożsama, identyczna z przedmiotem zamówienia. Należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Zasadnie wskazuje Odwołujący w tym kontekście, iż termin *„związana"* jest pojęciem nieostrym, wymagającym zbadania i interpretacji w kontekście konkretnego przypadku. Niemniej jednak termin ten zawarty został w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*], dlatego też jego zawężanie przez Zamawiającego, czego oczekiwał Odwołujący, stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu.

29. Sygn. akt: KIO 216/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r.

Zdaniem Izby kwestionowane przez Odwołującego zaświadczenie z Banku, dla potwierdzenia warunku z pkt 5.4, dotyczące zdolności kredytowej wykonawcy, jest zgodne z § 1 ust. 1 pkt. 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), (dalej: przepisy rozporządzenia). W tym przypadku Izba stoi na stanowisku, że – tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawione na rozprawie oraz przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca – przepisy rozporządzenia nie odsyłają bezpośrednio w swej treści do art. 70 Prawa bankowego. Stąd też norma zawarta w tym przepisie może mieć tylko odpowiednie zastosowanie. Izba zwraca także uwagę, iż generalnie, wystawiając sporne zaświadczenie, bank informuje o tym, że dany klient ma możliwość ubiegania się o kredyt w określonej wysokości, albo zdolność kredytową do określonej kwoty, jednakże nie jest to równoznaczne z przyrzeczeniem przyznania kredytu w przyszłości. Tym samym na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych zaświadczenie o zdolności kredytowej czy też o zdolności do ubiegania się o kredyt są pojęciami tożsamymi. Potwierdzają one bowiem, że podmiot, którego dotyczą, ma taką sytuację finansową, która pozwala mu ubiegać się o kredyt w określonej wysokości i to w dacie wystawienia takiego zaświadczenia. Z tych też względów – tak jak stwierdził Zamawiający – nie jest możliwe określenie szerszego zakresu zaświadczenia o zdolności kredytowej w stosunku do zaświadczenia o zdolności do ubiegania się o kredyt. Tak jak Izba wskazała, dokument ten ma potwierdzać posiadanie przez wykonawcę stosownego zabezpieczenia finansowego, które w kolejnym etapie – jeżeli taka będzie decyzja przedsiębiorcy – pozwoli na uzyskanie potencjalnego, aczkolwiek nieskonkretyzowanego kredytu bankowego.

Art. 22 ust. 4

30. Sygn. akt: KIO 286/11, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2010 r.

Na wstępie Izba zważyła, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia"). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając

go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4, wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego.

Art. 23

31. Sygn. akt: KIO 2817/10, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r.

W opinii Izby, z treści pełnomocnictwa z dnia 18.05.2010 r. udzielonego na rzecz Pana Pawła P. nie wynika, iż został on umocowany do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wprost przeciwnie, z treści powyższego pełnomocnictwa wyraźnie wynika, iż osoba umocowana – Pan Paweł P. – działa tylko i wyłącznie w imieniu X. Oznacza to, iż pełnomocnik ten nie został umocowany do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym, podpisując przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego był umocowany jedynie do działania w imieniu na rzecz wykonawcy X. Powyższe wynika wprost z daty udzielenia oraz treści obu pełnomocnictw. Jednostronna czynność prawna, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa, wywołuje skutki na przyszłość (*pro futuro*). Zatem X ustanowiony dnia 20.05.2010 r. pełnomocnikiem konsorcjum, udzielając dnia 18.05.2010 r. pełnomocnictwa na rzecz pełnomocnika – Pawła P. – nie miał wówczas umocowania do działania w imieniu i na rzecz Y i tym bardziej nie miał umocowania do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Powyższe działanie jest niezgodne z zasadą wyrażoną w paremii *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Odnosząc się do stwierdzenia pełnomocnika Konsorcjum XY, że zgodnie z przepisami ustawy – Kodeksy cywilny ww. pełnomocnictwo może być potwierdzone przez osobę, która udzieliła pełnomocnictwa, Izba wyjaśnia, że takie potwierdzenie winno mieć formę pisemną oraz być dokonane przed upływem terminu do złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym nie można uznać, iż ustne potwierdzenie takie pełnomocnictwa na rozprawie, nawet przez prawidłowo umocowaną osobę, byłoby prawidłowe i skuteczne. W niniejszej sprawie istotnym jest również ustalenie zakresu umocowania wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 18.05.2010 r. w zestawieniu z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 20.05.2010 r. Bezspornym jest, iż pełnomocnictwo udzielone Panu Pawłowi P., w porównaniu z pełnomocnictwem udzielonym X z dnia 20.05.2010 r., zawiera znacznie węższy katalog czynności i w zasadzie kończy się na uprawnieniu do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w takim wypadku brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca Konsorcjum XY skutecznie przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

32. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Skoro zaś wytyczonym przez strony umowy konsorcjum celem gospodarczym może być uzyskanie zamówienia publicznego, zawarcie umowy o jego wykonanie oraz osiągnięcie pewnego zysku w wyniku wykonania zawartej umowy (*vide* uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 17 września 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: III CSK 119/08, publ. w: OSNC 2009, z. 9, poz. 130), to doktryna podnosi, że tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki prawa cywilnego uregulowanej w kodeksie cywilnym. Bowiem – zgodnie z art. 860 § 1 KC – przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Jednakże w przypadku konsorcjum osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych; w konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej. Z tego względu konsorcjum stanowi jedynie specyficzną spółkę prawa cywilnego (…). Niemniej jednak, skoro co do zasady do umowy konsorcjum znajdują zastosowanie przepisy o umowie spółki cywilnej, a w zakresie której współuczestnictwo wspólników w procesie przybiera charakter współuczestnictwa materialnego (*vide:* uzasadnienie postanowienia SN z 17 stycznia 2003 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I CK 109/02, opubl. w: OSNC 2004, z. 5, poz. 73), również współuczestnictwu konsorcjantów w niniejszej sprawie należało przyznać charakter współuczestnictwa materialnego. Skoro zaś byli oni reprezentowani przez jednego profesjonalnego pełnomocnika (k. 100), należał im się zwrot kosztów w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu jednego pełnomocnika (vide: uchwała SN z 30 stycznia 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt 111 CZP 130/06, publ. w: OSNC 2008, z. 1, poz. 1). Z uwagi zaś, że lider konsorcjum jest upoważniony z mocy art. 23 ust. 2 PZP do reprezentowania konsorcjantów w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwrot kosztów należnych konsorcjum należało zasądzić na rzecz jego lidera.

Art. 24 ust. 1 pkt 8

33. Sygn. akt: KIO 63/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r.

Izba stoi na stanowisku, iż w świetle obowiązujących przepisów prawa, wystarczającym jest, aby w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp Wykonawca, którego urzędujący członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, złożył zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby (odpowiednio: § 2 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach [*Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*] dla Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i § 4 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Dopiero w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby (analogicznie: § 2 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i § 4 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Tym samym ustawodawca w zakresie tych dwóch rodzajów dokumentów – zaświadczenia właściwego organu i oświadczenia złożonego przed odpowiednim organem – pierwszeń-

stwo przyznał zaświadczeniu. Dopiero, gdy w danym kraju nie wydaje się takich zaświadczeń, należy złożyć odpowiednie oświadczenie. Z przepisów tych nie wynika, w ocenie Izby, jakby chciał tego Odwołujący, obowiązek uzupełniania zaświadczenia wydanego przez właściwy organ dodatkowo powołanym oświadczeniem. Z przywołanych przepisów nie wynika bowiem postulowany przez Odwołującego obowiązek Zamawiającego porównywania porządków prawnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz kraju zamieszkania osoby, której dotyczy przedkładane zaświadczenie. Z powołanych przepisów wynika jedynie, że zaświadczenie ma być wystawione w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (zaś w przypadku Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp). Nie jest wymagane, aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca uwzględnił bowiem fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na Zamawiającego obowiązku badania tych różnic. Przepisy prawa nie wymagają także, jak już była o tym mowa, aby zaświadczenie takie musiało być wzmacniane dodatkowo oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem na ewentualność istnienia różnic między systemem prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a systemem prawa państwa, w którym znajduje się miejsce zamieszkania osoby, której to zaświadczenie dotyczy. Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby pustymi te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego organu o niekaralności. W każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy w kraju tym nie wydaje się takich zaświadczeń, istniałby bowiem obowiązek składnia odpowiednich oświadczeń przed właściwym organem. Naturalnym bowiem jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw – w zakresie zaświadczeń o niekaralności należałoby porównywać zatem nie tylko wysokość kary, jaką zagrożone są poszczególne przestępstwa, jak chciał tego Odwołujący, ale równie dobrze można byłoby dokonywać porównań w zakresie katalogu poszczególnych przestępstw czy znamion każdego z czynów zabronionych. W ocenie Izby, stanowisko takie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Zasadnym wydaje się wskazać, iż także na gruncie Dyrektywy 2004/18/WE ukształtowano analogiczną regulację. Art. 45 ust. 3 lit. a) powołanej Dyrektywy w sposób wyraźny przyznaje prymat wyciągowi sądowemu lub dokumentowi wydanemu przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. Zgodnie z przepisem tym dokumenty te należy uznać za wystarczające dla uznania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak na gruncie polskiego Rozporządzenia o dokumentach, Dyrektywa 2004/18/WE w art. 45 ust. 3 stanowi, że dopiero, gdy w danym kraju nie wydaje się takich dokumentów, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem. (…) Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do jednego z Wykonawców, wchodzącego w skład Konsorcjum X, do którego odnoszą się zarzuty podnoszone przez Odwołującego, tj. w odniesieniu do Y, Izba ustaliła na podstawie dokumentów załączonych do złożonego przez to Konsorcjum wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż osoby wskazane w odwołaniu, jako urzędujący członkowie organu zarządzającego, są jedynie przedstawicielami pełniącymi funkcje właściwe dla stanowiska Zarządcy. Ze sporządzonych przed hiszpańskim notariuszem w dniu 21 września 2007 r. protokołów uchwał spółki Y., wynika bowiem, iż na funkcję zarządcy uprawnionego do reprezentacji łącznej, powołane zostały hiszpańskie spółki Z. oraz (…). Ich przedstawicielami w spółce Y są dopiero osoby wskazane w odwołaniu. Tym samym funkcję urzędujących członków organu zarządzającego pełnią powołane spółki prawa hiszpańskiego, a nie – będące przedstawicielami tych spółek – osoby. W tak ustalonym stanie faktycznym, w ocenie Izby, Konsorcjum X nie miało obowiązku, w świetle obowiązujących przepisów prawa, przedkładać zaświadczeń o niekaralności osób będących przedstawicielami spółek pełniących funkcję urzędujących członków organu zarządzającego. Osoby te nie pełnią bowiem same tychże funkcji, a są jedynie przedstawicielami innych osób prawnych pełniących te funkcję. Fakt bowiem, iż w świetle przepisów prawa polskiego członkiem organu zarządzającego nie może być osoba prawna, nie oznacza jeszcze, iż wobec odmiennej regulacji w tym zakresie w prawie

hiszpańskim, w odniesieniu do Wykonawców mających są siedzibę w Królestwie Hiszpanii należy dokonywać rozszerzonej weryfikacji, której nie przewidują przepisy Pzp. Odmienne postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

34. Sygn. akt: KIO 254/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niekaralności członków organów zarządzających, którzy mają miejsce zamieszkania za granicą, Konsorcjum złożyło zaświadczenia z francuskiego rejestru karnego. Zakres tych zaświadczeń nie odpowiada w pełni zakresowi przestępstw objętych polskim zaświadczeniem o niekaralności, co zresztą nie było sporne (dlatego przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej w tym zakresie, załączonej przez Odwołującego do odwołania Izba uznała za zbędne). Strony z takich okoliczności wywodziły odmienne skutki prawne: Odwołujący twierdził, że zaświadczenia francuskie są niewystarczające, a wykonawca dla „brakujących" przestępstw nieobjętych tymże zaświadczeniem powinien złożyć oświadczenie bądź powinien złożyć oświadczenie „całościowe" obejmujące wszystkie rodzaje przestępstw, tj. przestępstwa objęte polskim zaświadczeniem z rejestru karnego. Natomiast Zamawiający i przystępujące po jego stronie Konsorcjum twierdzili, że francuskie zaświadczania są wystarczające dla wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Izba podzieliła w tej mierze stanowisko Zamawiającego i Konsorcjum – w ocenie składu orzekającego rzeczywiście zaświadczenia pochodzące z rejestrów karnych państw obcych należy uznać za wystarczające udokumentowanie niepodlegania wykluczeniu. (…) Izba uznała, że dla oceny zaświadczenia przedłożonego przez Wykonawcę decydująca powinna być regulacja kraju siedziby tego Wykonawcy.

35. Sygn. akt: XIX Ga 225/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 7 czerwca 2010 r.

Wykonawca X celem potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłożył dla Edgara M. będącego Prezesem Dyrektorem Naczelnym spółki X z siedzibą we Francji i Prezesem Zarządu Y w P. wyciąg z Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem tych dokumentów, a dla Elizabeth P. członka zarządu X, Alaina P. stałego przedstawiciela członka zarządu spółki X tj. (…) Spółki z o.o. z siedzibą we Francji i Fabryce Andre F. stałego przedstawiciela członka zarządu X, tj. (…). Paryż SA w Paryżu wyciąg z Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego z uwierzytelnionym tłumaczeniem na język polski tych dokumentów. Ponadto wykonawca dla Davida S. będącego stałym przedstawicielem członka zarządu spółki X, tj. (…) przedłożył oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem brytyjskim Fioną Elizabeth W. Skarżący zarzucił, iż przedłożone dokumenty nie potwierdziły spełnienia przez Konsorcjum XY warunków udziału w postępowaniu w zakresie statusu prawnego, bowiem nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji wydawanej przez polski Krajowy Rejestr Karny. Zgodzić się należy ze skarżącym, iż zakres informacji wynikających z francuskiego biuletynu nr 3 jest mniejszy niż podane w Krajowym Rejestrze Karnym. Nie oznacza to jednakże, że przełożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rodzaje dokumentów jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006 r. (Dz. U. z 24.05.2006 r. Nr 87, poz. 2005). Może zatem żądać zamawiający przedstawienia zaświadczenia o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Zatem może m.in. żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby, której dokumenty dotyczą. Przepis § 2 ust. 1 cyt. rozporządzenia wyraźnie stanowi, że dokumenty wskazane w tym przepisie wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zamiast dokumentów o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 oraz pkt 4. Przepis § 2

ust. 1 pkt 2 nie nakłada na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Polski obowiązku złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, identycznego z zakresem zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Przepis wymaga jedynie zaświadczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tego zapisu. Cyt. rozporządzenie nie przewiduje również aby zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 upzp były dodatkowo „wzmacniane" oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organu samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. Przepis § 2 ust. 3 ww. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wprost stanowi, iż jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów o których mowa w ust. 1 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zatem dokument zawierający stosowne oświadczenie jest samoistnym dokumentem, którego może zażądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach, skoro niespornym między stronami było, iż francuski Biuletyn nr 3 – w związku z różnicami w porządkach prawnych Republiki Francuskiej i Rzeczpospolitej Polskiej nie jest w zakresie informacji taki sam jak Krajowy Rejestr Sądowy, to tym samym wnioski dowodowe skarżącego tj. przeprowadzenie dowodu z opinii adwokata francuskiego – Lucien P. oraz zwrócenie się na podstawie art. 1143 k.p.c. do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji – są bezprzedmiotowe. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż przepis art. 1143 k.p.c. ma zastosowanie w sytuacji gdy w danej sprawie ma być zastosowane obce prawo materialne. Taka sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy, bowiem Sąd Okręgowy nie był obowiązany do stosowania prawa obcego (francuskiego). Przedłożenie dokumentu – wyciągu z Biuletynu nr 3 jest czynnością faktyczną, a czy przedłożony dokument jest wystarczający – ocenia się według przepisów cyt. ustawy i rozporządzenia. Prawidłowo zatem Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedłożone przez wykonawcę – Konsorcjum XY dokumenty były prawidłowe i wystarczające. Podzielić również należało pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, iż sam fakt, że członkami organu zarządzającego jednego z członków Konsorcjum jest osoba prawna, nie rodzi obowiązku weryfikacji takiego podziału w szerszym zakresie tj. nie tylko pod kątem katalogu przestępstw o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także pod kątem zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy odnoszącego się wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne a nie do jego członków zarządu. Takiej rozszerzonej weryfikacji wykonawcy nie przewidują przepisy ustawy prawo zamówień publicznej, a w szczególności art. 24 tej ustawy. Zatem przedłożenie dokumentów odnoszących się do stałych przedstawicieli również zdaniem Sądu Okręgowego było wystarczające dla prawidłowej weryfikacji co do niekaralności wykonawcy. Oczywiście ma rację skarżący, iż zgodnie z prawem polskim członkiem organu zarządzającego spółką nie może być osoba prawna oraz, że przepis art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost wskazuje na urzędującego członka organu zarządzającego. Nie oznacza to jednakże obowiązku przedłożenia zaświadczenia o niekaralności dla wszystkich członków zarządów trzech spółek będących urzędującymi członkami zarządu X Byłoby to nie znajdującym oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzeniem obowiązków wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Polski.

Art. 24 ust. 1 pkt 9

36. Sygn. akt: VI Ga 49/10, Wyrok SO w Opolu z dnia 7 maja 2010 r.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy o Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Powyższa regulacja odsyła do przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661), które regulują zasady odpowiedzialności osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej (z wyłączeniem Skarbu Państwa jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, organów państwowych i samorządowych) za czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Stosownie do art. 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych podstawą jej zastosowania jest skazanie prawomocnym wyrokiem osoby fizycznej działającej w imieniu lub interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnień i obowiązków do jego reprezentowania lub osoby dopuszczonej do takiego działania w wyniku przekroczenia uprawnienie lub obowiązków przez osobę reprezentującą podmiot albo działającej za zgodą lub wiedzą reprezentującego. Odpowiedzialność może zachodzić jedynie wówczas gdy opisane działanie mogło przynieść lub przyniosło podmiotowi korzyść, zaś do popełnienia czynu zabronionego doszło w wyniku braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą. Przepis art. 9 ust. 1 pkt 4 wspomnianej ustawy pozwala m.in. na orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego sankcji w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, przy czym środek ten można orzec na okres od 1 roku do 5 lat. Na potwierdzenie nie istnienia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy zobowiązani są zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006, Nr 87, poz. 605) [*§ 2 ust. 1 pkt 6 aktualnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2010 r. Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.*], złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Stosownie natomiast do § 2 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 tegoż rozporządzenie składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. Gdy w danym kraju nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 cyt. rozporządzenia zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem (§ 2 ust. 3 [*§ 4 ust. 3 aktualnie obowiązującego rozporządzenia – przyp. red.*]). W ocenie Sądu Okręgowego, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, które legło u podstaw wykluczenia skarżącego z postępowania, iż zaświadczenie z Centralnego Rejestru Działalności gospodarczej wydawane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech stanowi dokument zawierający informację o orzeczeniu w stosunku do osoby prawnej zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym potwierdza spełnienie warunku w zakresie informacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. Po pierwsze trzeba zauważyć, że na gruncie prawa niemieckiego nie występuje konstrukcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Już z tego względu należałoby uznać, iż informacja Centralnego Rejestru Działalności Gospodarczej w Niemczech nie będzie przydatna dla oceny spełnienia przez dany podmiot warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Ze znajdującego się w aktach sprawy (k. 53-54) wyciągu z niemieckiej ustawy o prowadzenia działalności gospodarczej (GewO) wynika zresztą jednoznacznie, że do rejestru prowadzonego przez Federalny Urząd Sprawiedliwości wpi-

suje się jedynie wykonalne i nie zaskarżalne decyzje organu administracyjnego, na mocy których odmówiono zgody lub cofnięto zgodę na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, jak również prawomocne orzeczenia o karze grzywny orzeczonej za niektóre wykroczenia popełnione podczas lub w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej, jeżeli grzywna ta wnosi powyżej 200 Euro. Rejestr obejmuje także prawomocne wyroki karne za czyny karalne, na podstawie § 10 i 11 ustawy o zwalczaniu nielegalnego zatrudnienia oraz na podstawie § 266 a ust. 1, 2 i 4 kodeksu karnego, które zostały popełnione podczas lub w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej lub uprawianiem innego przedsięwzięcia gospodarczego, jeżeli wydano wyrok o karze pozbawienia wolności na okres powyżej trzech miesięcy lub o karze pieniężnej powyżej 90 stawek dziennych. Poza wymienionymi przestępstwami w rejestrze odnotowuje się wyłącznie wykroczenia, a więc czyny rozpoznawane w postępowaniu o charakterze administracyjnym. Z przytoczonych wyżej danych, zdaniem Sądu, nasuwa się jednoznaczny wniosek, iż informacje zamieszczone w niemieckim Centralnym Rejestrze Działalności Gospodarczej nie pokrywają się z danymi, gromadzonymi w polskim Krajowym Rejestrze Karnym, powołanym ustawą z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, powołanym ustawą z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jedn. Dz. U. 2008 r., Nr 50, poz. 292). W tym ostatnim zamieszcza się bowiem (w zakresie odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych) dane dotyczące oznaczenia podmiotu i jego siedziby, daty wydania i uprawomocnienia się wyroku, oznaczenia Sądu, który wydał wyrok, sygnaturę sprawy, orzeczona karę pieniężną, zakaz lub przepadek, a także kwalifikację prawną czynu zabronionego osoby fizycznej, stanowiącego podstawę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego (art. 12 ust. 1 ustawy o KRK oraz art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych). Wymienione informacje, wobec braku analogicznego unormowania w prawie niemieckim, nie są zamieszczane w prowadzonym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości rejestrze. Podkreślenia wymaga, że zawarte w Centralnym Rejestrze Działalności Gospodarczej informacje o osobach zarządzających dotyczą wyłącznie odpowiedzialności za wykroczenia, a więc czyny będące wyłącznie przedmiotem postępowania administracyjnego. Poczynione dotychczas uwagi, zdaniem Sądu Okręgowego, uprawniają do stwierdzenia, iż na potwierdzenie braku przesłanki do wykluczenia z art. 29 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystarczającym było złożenie oświadczenia notarialnego, o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*§ 4 ust. 3 aktualnie obowiązującego rozporządzenia – przyp. red.*]. W kraju, w którym siedzibę ma jeden z konsorcjantów – X nie wydaje się bowiem dokumentów, które potwierdzałyby, iż wobec danego podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

37. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r.

Zawarcie w druku zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego informacji o karalności podmiotu zbiorowego – X niewłaściwej podstawy prawnej (wpisanej przez spółkę) nie świadczy o karalności tego podmiotu, która to karalność wykluczałaby wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rejestr, bez względu na wpisaną podstawę prawną, jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi, czy podmiot zbiorowy jest w nim ujęty, czy też nie.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

38. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r.

Ma rację skarżący twierdząc, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 z zw. z art. 24 ust. 4 ustawy nie wydając formalnego orzeczenia odnośnie wykluczenia wykonawcy z przetargu i odrzucenia jego oferty. W myśl bowiem powyższych przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie

okresu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2). Przy czym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4). Należy podkreślić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji ustawy, służących eliminacji takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków dotyczących różnych cech podmiotowych (związanych z właściwością samego wykonawcy). Jeżeli zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w trzynastu punktach art. 24, ma obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania, czego w niniejszej sprawie zamawiający nie uczynił. Powyższe pozostaje jednak bez znaczenia dla merytorycznej oceny postępowania toczącego się w wyniku ogłoszenia przedmiotowego przetargu, albowiem oferta wykonawcy nie mogłaby być uwzględniona wobec niezachowania warunku wynikającego z art. 85 ust. 2 ww. ustawy.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

39. Sygn. akt: KIO 2715/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Należy podzielić stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 405/10), z którego wynika, iż dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) spoczywa na zamawiającym, gdyż to on ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII Ga 420/09), wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania. Jak słusznie zauważył przystępujący w piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r. nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty). Nie jest niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania – wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania należy rozmieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Wynik postępowania to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy.

40. Sygn. akt: KIO 93/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niewątpliwym jest, iż infor-

macje zawarte w „Wykazie wykonanych dostaw", a dotyczące zakresu rzeczowego zrealizowanych dostaw rzeczywiście są odmienne od informacji pozyskanych przez Zamawiającego od podmiotów (Zamawiających w postępowaniach, na które Odwołujący się powoływał), a następnie użytkujących wskazane przez Odwołującego systemy. Z treści tych informacji jednoznacznie wynika, iż określonych cech (warunku postawionego w tym postępowaniu) dostarczony system nie posiadał. Informacje złożone we wniosku są więc niewątpliwie informacjami nieprawdziwymi i bezsprzecznie mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wykluczeniu podlega bowiem wykonawca, wyłącznie wtedy, gdy informacje nieprawdziwe miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych zamówienia. Z ustalonych przez Izbę okoliczności niniejszej sprawy jednoznacznie wynika, iż podane przez Odwołującego informacje mogły mieć rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż brak informacji o okolicznościach, które stały się podstawą dokonywanych przez Zamawiającego wyjaśnień, spowodowałoby, iż Odwołujący jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu zaproszony by został do złożenia oferty wstępnej. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma bowiem tylko okoliczność, że określona informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania, a jak już wyżej wskazano – niewątpliwie tak jest, jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością i powyższe nie budzi żadnych wątpliwości, przy czym bez znaczenia dla tej oceny są przyczyny złożenia nieprawdziwych informacji. Tym samym stwierdzić należy, iż złożenie nieprawdziwych informacji winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co Zamawiający prawidłowo uczynił. Istotnym jest także ustalenie czy Zamawiający w takim zakresie, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, mógł ustalać prawdziwość złożonych przez Odwołującego informacji. Niewątpliwym jest, iż Zamawiający w sytuacji wątpliwości co do spełnienia przez danego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, jak również stwierdzenia nieścisłości w treści złożonych dokumentów może wezwać wykonawcę do złożenia nowych dokumentów, bądź też wyjaśnienia dokumentów już złożonych. Niemniej jednak, w tym konkretnym przypadku, Zamawiający – co konsekwentnie podkreślał na rozprawie – na skutek uzupełnienia jednego ze złożonych dokumentów (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) powziął wątpliwość – co do prawdziwości złożonych oświadczeń (zakresu rzeczowego wykonanych prac, jak i ich należytego wykonania) odnośnie jednej z dostaw zadeklarowanej jako należycie wykonana. Tak więc sama okoliczność podania nieprawdziwych informacji pojawiła się w toku badania i oceny wniosku. Okoliczność taka może pojawić się na każdym etapie postępowania, a Zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania podanych przez wykonawcę informacji. Weryfikacja ta może się odbywać wszelkimi dostępnymi środkami. A takie czynności wyjaśniające Zamawiający niewątpliwie podjął. Analiza całokształtu materiału zebranego w niniejszej sprawie nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji (wynika to z zestawienia deklarowanego przez Odwołującego zakresu rzeczowego wskazanych dostaw i informacji uzyskanych od podmiotów na rzecz których dostawy te realizował) i w celu ich bezspornego stwierdzenia konieczna była ich weryfikacja przy udziale wykonawców, na rzecz których określone dostawy były realizowane. Dlatego też uznać należy, iż Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził procedurę ustalenia zaistnienia złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

41. Sygn. akt: KIO 304/11, Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2011 r.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że dla wykazania Zamawiającemu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Przystępujący posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Zgodzić należy się w tym zakresie z Zamawiającym i Odwołującym, że bez znaczenia pozostaje kwestia, czy Przystępujący z winy umyślnej, czy też nieumyślnej, na skutek jakiegoś zaniedbania, dopuścił się przedłożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazuje w tym przypadku na konieczność wykazania po

stronie wykonawcy winy. Niewątpliwe jest, że przedstawione informacje w ofercie Przystępującego, potwierdzone dodatkowo wyjaśnieniami tego wykonawcy, wskazują na informacje co do ceny, za którą wykonano przedmiot zamówienia co do wycinki cięć w koronach w zawyżonej kwocie. Przystępujący nie tylko posłużył się w postępowaniu dokumentem innego podmiotu, tj. referencjami wystawionymi przez X, ale również złożył na druku nr 1b swoje oświadczenie wiedzy co do przedmiotu realizowanej umowy w kontekście także wartości tej usługi. Przed złożeniem takiego oświadczenia wykonawca powinien zweryfikować taką informację, tym bardziej, że w przedmiotowej sprawie miał taką możliwość, bo – jak wykazywał w toku rozprawy – realizował z X kilka umów w ciągu kilku lat. Jako strona umowy miał, a przynajmniej, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności i należytą staranność wymaganą w obrocie gospodarczym, powinien mieć wiedzę co do wartości realizowanych w ramach świadczonych przez siebie usług na rzecz innego podmiotu, którym to doświadczeniem wykazuje się w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takiego działania ze strony wykonawcy wymagają przepisy ustawy Pzp. Nie było dla Izby przekonujące twierdzenie Przystępującego, że informacje we wskazanym zakresie przygotowywane były przez pracownika Przystępującego i w tym zakresie popełniono omyłkę. Wykonawca, składając określonej treści oświadczenia woli, czy wiedzy w postępowaniu, a także posługując się określonymi dokumentami w tym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału, ponosi odpowiedzialność za zakres tych informacji zawartych w swojej ofercie. Jeśli informacje te są nieprawdziwe, wykonawca podlega weryfikacji zamawiającego, jeśli dodatkowo stwierdzone nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik postępowania, tj. możliwość uzyskania zamówienia przez konkretnego wykonawcę, czy też unieważnienie postępowania – wykonawca taki podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, bez możliwości ewentualnego wzywania takiego wykonawcy do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 2 pkt 4

42. Sygn. akt: KIO 2744/10, KIO 2783/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

Izba uznała, że załączone do wniosku porozumienia wspierające w sposób prawidłowy i wystarczający dowodziły dysponowania przez Odwołującego zasobami innego podmiotu. Określały one zasady współpracy, zakres zasobów, które podlegać będą udostępnieniu, a nawet zawierały zobowiązanie do uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy (pkt II.1.1). Brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że były one niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a ocenę tych dokumentów dokonaną przez Zamawiającego Izba uznała za błędną. Niemniej jednak Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z tym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Izba ustaliła, że wykazy załączone do wniosku Odwołującego były nieprawidłowe, były one bowiem sporządzone nie przez Odwołującego, ale przez podmioty zobowiązujące się udostępnić mu swoje zasoby i podpisany przez osoby reprezentujące te podmioty. Ponieważ wykazy te stanowiły element oświadczenia woli, jakim jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że winny one być oznaczone jako wykazy wykonawcy i przez niego podpisane. Za podpisanie wykazów z całą pewnością nie można uznać złożenia przez pełnomocnika Odwołującego podpisu wraz z pieczątką *za zgodność z oryginałem*. Izba nie twierdzi, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stwierdza jednak, że nie wykazał ich spełniania w sposób wymagany przez Zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że oznaczenie spornych wykazów było błędem formalnym, jednakże – w ocenie Izby – niedopuszczalne i nieuzasadnione byłoby zaniechanie wykluczenia wykonawcy z tego powodu. Odwołujący bowiem miał szansę skorygować te dokumenty, ponieważ został wezwany przez Zamawiającego do złożenia prawidłowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. Celem przywołanego przepisu jest niedopuszczanie do sytuacji, w której wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaje wykluczony ze względu na uchybienia formalne i przeoczenia. Podkreślić należy, że w wezwaniu Zamawiający wprost wskazał na konieczność sporządzenia i podpisania wykazów przez wykonawcę, czego jednak Odwołujący nie uczynił. W związku z tym nie może obecnie bronić się przed wykluczeniem z postępowania wskazując na formalny charakter nieprawidłowości w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

43. Sygn. akt: KIO 2787/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r.

W ocenie Izby bez znaczenia dla potwierdzenia spełniania warunku określonego w s.i.w.z. dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej jest bowiem to, czy umowa z polisy X jest rozszerzeniem umowy ubezpieczenia z polisy Y czy też odrębną umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności gospodarczej prowadzonej przez Przystępującego. Istotne jest, że łączna suma ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia z tych umów wynosząca 1.200 tys. zł (jedynie taka informacja wynika z adnotacji uczynionej przez agenta ubezpieczeniowego na polisie Y) – odpowiada sumie ubezpieczenia wymaganej przy składaniu ofert na 4 części zamówienia (jak to uczynił Przystępujący). Zamawiający wymagał bowiem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 300 tys. zł na każdą część, nie stawiając żadnych szczególnych wymagań co do warunków tego ubezpieczenia, nie ograniczając tym samym również możliwości uzyskania wymaganego progu sumy ubezpieczenia więcej niż jedną umową ubezpieczenia. Natomiast zupełnie niezrozumiałe są wywody Odwołującego zawarte w odwołaniu, iż „dokumentu uzupełnionego przez C. nie można uznać za polisę ani także za inny dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej", rozciągnięte na rozprawie zarówno na samą polisę X, jak i na aneks do niej. Otóż podstawą do takiej oceny prawnej jest dla Odwołującego przepis art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, zawierający rzekomo „legalną definicję polisy", do której należy się odwołać przy rozumieniu „polisy" lub „innego dokumentu potwierdzającego" z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jest to zupełnie karkołomna argumentacja, nie znajdująca *de facto* żadnego oparcia w przywołanym przepisie art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Przepis ten, zamieszczony w Rozdziale 6 *Swoboda świadczenia usług ubezpieczeniowych*, dotyczy bowiem wymaganej zawartości polisy lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia właśnie w ramach swobody świadczenia usług ubezpieczeniowych w Unii Europejskiej, tzn. wykonywania działalności ubezpieczeniowej przez krajowy zakład ubezpieczeń na terytorium państwa członkowskiego UE lub przez zagraniczny zakład ubezpieczeń z państwa członkowskiego UE na terytorium Polski. Zatem w okolicznościach faktycznych sprawy – polisa i aneks zostały sporządzone w kraju przez krajowy zakład ubezpieczeń, co nie było kwestionowane przez Odwołującego – szczególna regulacja przepisu art. 141 tej ustawy w ogóle nie znajduje zastosowania. Natomiast żadnej innej argumentacji prawnej przeciwko polisom złożonym przez Przystępującego w ofercie, w brzmieniu ustalonym w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, Odwołujący nie podniósł.

44. Sygn. akt: KIO 216/11, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r.

Zdaniem Izby kwestionowane przez Odwołującego zaświadczenie z Banku, dla potwierdzenia warunku z pkt 5.4, dotyczące zdolności kredytowej wykonawcy, jest zgodne z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich

te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), (dalej: przepisy rozporządzenia). W tym przypadku Izba stoi na stanowisku, że – tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawione na rozprawie oraz przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca – przepisy rozporządzenia nie odsyłają bezpośrednio w swej treści do art. 70 Prawa bankowego. Stąd też norma zawarta w tym przepisie może mieć tylko odpowiednie zastosowanie. Izba zwraca także uwagę, iż generalnie, wystawiając sporne zaświadczenie, bank informuje o tym, że dany klient ma możliwość ubiegania się o kredyt w określonej wysokości, albo zdolność kredytową do określonej kwoty, jednakże nie jest to równoznaczne z przyrzeczeniem przyznania kredytu w przyszłości. Tym samym na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych zaświadczenie o zdolności kredytowej czy też o zdolności do ubiegania się o kredyt są pojęciami tożsamymi. Potwierdzają one bowiem, że podmiot, którego dotyczą, ma taką sytuację finansową, która pozwala mu ubiegać się o kredyt w określonej wysokości i to w dacie wystawienia takiego zaświadczenia. Z tych też względów – tak jak stwierdził Zamawiający – nie jest możliwe określenie szerszego zakresu zaświadczenia o zdolności kredytowej w stosunku do zaświadczenia o zdolności do ubiegania się o kredyt. Tak jak Izba wskazała, dokument ten ma potwierdzać posiadanie przez wykonawcę stosownego zabezpieczenia finansowego, które w kolejnym etapie – jeżeli taka będzie decyzja przedsiębiorcy – pozwoli na uzyskanie potencjalnego, aczkolwiek nieskonkretyzowanego kredytu bankowego.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

45. Sygn. akt: KIO 2768/10, KIO 2777/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

Izba uznała, iż na potwierdzenie zasługują zarzuty nieprawidłowego wykluczenia obydwu odwołujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tj. w związku z oceną przedłożonych przez nich dokumentów potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy. W pierwszej kolejności należy tu zaznaczyć, iż już żądanie tego typu dokumentów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia było niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów ustawy i tym samym za niedopuszczalne należało uznać egzekwowanie ich przedłożenia na etapie oceny ofert. Jak zostało wskazane wyżej, w ramach zawartego w siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, sprecyzowano jedynie warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania stosownego ubezpieczenia i określonej ilości środków/zdolności kredytowej (norma art. 22 ust. 1 pkt 4 jest przepisem blankietowym i nie ustanawia żadnych konkretnych i samoistnych warunków w tym zakresie). Natomiast żądane w siwz dokumenty potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy nie odnoszą się do tych okoliczności (ubezpieczenia, posiadanych środków finansowych) i tym samym należy je ocenić jako zbędne do przeprowadzenia postępowania, a ich żądanie za niezgodne z art. 25 ust. 1 Pzp.

46. Sygn. akt: XIX Ga 225/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 7 czerwca 2010 r.

Sąd Okręgowy nie podzielił również poglądu skarżącego, iż na wykonawcy tj. Konsorcjum X spoczywał obowiązek przedłożenia dokumentów urzędowych zaopatrzonych w klauzulę apostille. Przepis art. 3 ust. 2 Konwencji haskiej wskazuje, że poświadczenie klauzulą apostille nie może być wymagane, jeżeli ustawy i inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w danym państwie w którym dokument ma być użyty, albo umowa dwu- lub wielostronna zwalnia dokument z legalizacji. Art. 1138 k.p.c. wyraźnie stanowi, że tylko w przypadku, gdy dokument dotyczy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce albo, gdy dokument wywołuje wątpliwości co do jego autentyczności wymagane jest jego uwierzytelnienie (por. Paweł Czubin Nieprawidłowości w stosowaniu Konwencji haskiej

o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych – Europejski Przegląd Sądowy 2006/4/24 oraz uchwałę SN z 13.04.2007 r. sygn. akt III CZP 21/07 opubl. w OSNC 2008/3/34). Tym samym w świetle art. 1138 k.p.c. oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie wymagają poświadczenia klauzulą apostille dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w okolicznościach niniejszej sprawy przedłożone przez wykonawcę, tj. Konsorcjum X dokumenty: KRS X, zaświadczenie o braku zaległości ZUS X i oświadczenie notarialne Prezesa Zarządu X o braku zaległości w ZUS, oświadczenie notarialne Prezesa Zarządu w/w spółki o braku zaległości w Urzędzie Skarbowym, zaświadczenie o niekaralności Edgara M., oświadczenie notarialne o niekaralności Davida S., zaświadczenie o niekaralności Elizabeth P., zaświadczenie o niekaralności Fabrice A. F., zaświadczenie o podmiocie zbiorowym X, oświadczenie notarialne Prezesa zarządu X o braku upadłości, nie musiały być opatrzone klauzulą apostille.

47. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r.

Nie można uwzględnić również tej części zarzutu, w której skarżący podnosi, iż sprawozdania finansowe X wskazują, że podmiot ten nie spełnia wymogu pozostawania w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej. W pierwszej kolejności skarżący zarzucił brak podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Tak postawiony zarzut jest całkowicie bezzasadny, gdyż skarżący w żaden sposób nie w skazał, iż taki podpis rzeczywiście się nie znalazł na tym dokumencie. Każde sprawozdanie finansowe zawiera kilka podpisów i trudno sądzić, że wśród nich nie znajduje się podpis osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Skarżący stawiając taki zarzut nie wykazał, że w X osoba taką jest osoba, która nie wchodzi w skład zarządu tejże spółki. Przeciwnie za przyjęciem prawidłowości sporządzonych sprawozdań finansowych przemawia jak zasadnie zauważyła już Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia natomiast kilka opinii biegłych rewidentów, którzy przecież podlegają odpowiedzialności karnej (art. 78 ustawy o rachunkowości) za niezgodną ze stanem faktycznym opinię o sprawozdaniu finansowym. Z żadnej opinii nie wynika, aby sprawozdania finansowe były dotknięte tak kardynalnym błędem jakim jest brak podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Należy jednak jeszcze raz podkreślić, że skarżący nie wykazał, aby sprawozdanie finansowe nie zawierały takiego podpisu, natomiast trudno wymagać, aby X wskazywało na etapie składania oferty, która jest osobą odpowiedzialną za prowadzenie ksiąg rachunkowych. Skarżący nie wniósł również o przeprowadzenie dowodu na okoliczność wskazania osoby odpowiedzialne za prowadzenie ksiąg rachunkowych i w konsekwencji nie wykazał, iż sprawozdanie finansowe jest w tym zakresie wadliwe. Doświadczenie życiowe wskazuje natomiast, że osobą odpowiedzialną za sporządzenie sprawozdania finansowego jest z reguły osoba odpowiedzialna za finanse lub główny księgowy. Ubocznie należy, przy tym zauważyć, że każde sprawozdanie finansowe jest podpisane przez członka zarządu ds. finansów na co Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę w uzasadnianiu zaskarżonego wyroku (k. 125), a trudno jest uznać aby do zakresu obowiązków nie wchodziła odpowiedzialność za finanse spółki a tym samym także za prowadzenie ksiąg rachunkowych z tymi finansami powiązanych. Na koniec należy zaznaczyć, że wywody Krajowej Izby Odwoławczej co do braku podpisu głównego księgowego, wbrew temu co podnosi skarżący (k. 136) były w pełni zrozumiałe i odnosiły się właśnie do stanowiska odwołującego zaprezentowanego podczas rozprawy w dniu 11 marca 2010 r. (k. 102).

48. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Pamiętać należy, że rRDF [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.*] zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 PZP, zgodnie z którą Prezes Rady Ministrów miał określić, w drodze rozporządzenia, m.in. rodzaje doku-

mentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane. Z tego względu uznać należy, że granice określane przez rRDF co do dokumentów, jakich zamawiająca może żądać od wykonawców, są granicami, poza które zamawiająca nie mogła wykroczyć – nie mogła żądać niczego więcej, niż wskazywało to przywołane rozporządzenie, bowiem katalog ten ma charakter zamknięty (…). W konsekwencji zażądanie przez zamawiającą dokumentu, który nie jest przewidziany w przywołanym rozporządzeniu, stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy (vide teza z uzasadnienia wyroku ZA przy UZP z 26 stycznia 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: UZP/ZO/0-65/07, publ. w: *Legalis* wersja 536). Sąd zaś w całości podziela rozważania KIO w zakresie, w jakim Izba wskazała, że przywołany przepis § 1 ust. 2 pkt 1 rRDF upoważniał zamawiającą jedynie do wymagania od wykonawców, w zakresie referencji, dokumentów potwierdzających, że określone roboty zostały wykonane należycie z podaniem informacji umożliwiających identyfikację robót, do których odnoszą się referencje. Przepis ten pozwalał bowiem żądać referencji potwierdzających jedynie, że określone roboty zostały wykonane należycie. Nie dawał on podstaw do stawiania wymogu, aby referencje zawierały szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, bowiem ich celem jest jedynie potwierdzenie należytego wykonania umowy, zaś zakres zamówienia znajduje się w stosownym oświadczeniu wykonawcy (vide uzasadnienie wyroku KIO z 9 września 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 889/08, publ. w: *Legalis* wersja 536).

49. Sygn. akt: XII Ga 570/10, Wyrok SO w Gdańsku z 10 grudnia 2010 r.

A zatem przyjąć należy, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. pierwsze ustawy o PZP wśród dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania w odniesieniu do skarżącego nie było zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej. Należy podkreślić, iż nie jest to dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

50. Sygn. akt: KIO 2756/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

Izba prezentuje pogląd, iż przy zamówieniu, którego przedmiotem jest świadczenie takich kompleksowych usług utrzymania czystości i dekontaminacji, transportu wewnętrznego, a nie dostawa środków i preparatów służących do wykonywania takich usług, możliwym jest takie ukształtowanie wymaganej treści oferty, iż nie będzie ona obejmowała konkretyzacji preparatów identyfikowanych przez nazwę, typ, producenta czy za pomocą innych określeń. W ocenie Izby jednak, to zamawiający kształtując treść s.i.w.z., w tym, określając swoje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia i żądanych dokumentów, przesądzają o tym, co wchodzi w zakres wymaganej treści oferty. Przy czym należy zauważyć, iż brak wymagania wymienienia w treści oferty konkretnych preparatów nie stoi na przeszkodzie sprawdzeniu czy będą one odpowiedniej jakości przy realizacji usługi, gdyż na podstawie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający mogą żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania (tzw. dokumenty przedmiotowe). Jednocześnie zarówno poprzednio jak i aktualnie obowiązujące rozporządzenie dotyczące rodzajów dokumentów (wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp), jedynie przykładowo wyliczają rodzaje tych dokumentów, pozostawiając zamawiającym swobodę wyboru rodzajów żądanych dokumentów, ograniczoną jedynie wymaganiem niezbędności tych dokumentów dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Jednocześnie taki sposób ukształtowania treści oferty zapewnia możliwość ewentualnego skorygowania ewentualnych błędów popełnionych przez wykonawców w dokumentach przedmiotowych załączonych do oferty, gdyż same dokumenty składane na potwierdzenie wymagań z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp

podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, natomiast treść oferty jest co do zasady niezmienna i podlega jedynie wyjaśnieniom na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp lub poprawieniu omyłek w zakresie określonym w przepisie art. 87 ust. 2 pzp.

51. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, deklaracja zgodności nie stanowi treści oferty. Nie budzi wątpliwości Izby, że jest ona dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego – dokumentem o charakterze przedmiotowym wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) stanowi, o możliwości zamawiającego żądania złożenia m.in. próbek, oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Możliwość wymagania złożenia dokumentów o charakterze przedmiotowym jest zatem uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego.

52. Sygn. akt: X Ga 97/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 22 kwietnia 2010 r.

W istocie dopiero z § 3 tegoż rozporządzania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*] wynika, iż można żądać zaświadczenia podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewnieniu jakości opartych na odpowiednich normach europejskich „tylko w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego". Zapis ten koresponduje z treścią art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. W pkt VII ust. 1 SIWZ potwierdzono, iż w istocie taki był cel zamawiającego. W wyroku z dnia 18 listopada 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygnatura 1216/08) wskazała, że oferent może zaproponować produkty nie mające certyfikatu zgodności z normą (które przecież są całkowicie dobrowolne), o ile produkty te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności. X Sp. z o.o. przedstawiła zaświadczenie, które spełniało te warunki. Strona starząca zaś wbrew obowiązkowi dowodzenia wskazanego w art. 188 pkt 1 pzp [*aktualnie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.]* i art. 6 kc oraz 232 kpc w związku z art. 198 ust. 2 pzp *[aktualnie art. 199a ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.*], nie wykazała, że osoba podpisująca zaświadczenie nie posiadała certyfikatu audytorskiego. Zgodnie zaś z wyrokiem SO w Krakowie z dnia 7 stycznia 2009 r. „nie można stosować art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp dopóki nie istnieją dowody na złożenie nieprawdziwych danych, a zamawiający został zwolniony z obowiązku antycypowania niezgodności dokumentu z prawdą (XII Ga 433/08; LEX 534359)."

53. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r.

Stosownie zaś do art. 180 ust. 1 (w powołanej wyżej wersji) pzp [*aktualnie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. – przyp. red.*] nie było przeszkód, by odwołujący się obecnie wykonawca złożył protest [*instytucja protestu zlikwidowana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.*] wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro jego zdaniem nieprawidłowy jest zawarty w niej wymóg złożenia wraz z ofertą równoważnych dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych przez zamawiającego wymagań przez każdy z tonerów, w szczególności – zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości (certyfikat jakości) potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają normom ISO/IEC, wskazanym w SIWZ. Skoro tego odwołujący nie zrobił we właściwym czasie, nie jest obecnie skuteczne powoływanie się przez niego na wady warunków SIWZ jako powód niezasadności wykluczenia odwołującego się wykonawcy, a następnie odrzucenia jego oferty, na powołanych wyżej podstawach prawnych.

Art. 26 ust. 2b

54. Sygn. akt: KIO 2790/10, KIO 2814/10, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.

Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób precyzyjny określił w pkt 6.1.2 siwz, że wymaga złożenia dokumentów wskazanych w pkt 6.2 siwz w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby jedynie w sytuacji, gdy podmioty te będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający nie oczekiwał złożenia dokumentów określonych w pkt 6.2 siwz w każdej sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, ale wyłącznie w sytuacji, gdy korzystanie to wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. To stanowisko znajduje oparcie w przepisach prawa tj. w brzmieniu § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*]. Ustawodawca wyraźnie ograniczył możliwość żądania dokumentów podmiotowych podmiotów trzecich tylko do ściśle określonej sytuacji, odmienna zatem regulacja postanowień siwz byłby zatem sprzeczna z prawem. W przedmiotowej sprawie nietrafne jest stanowisko odwołującego, że w każdym przypadku udostępnienie wiedzy i doświadczenia wymaga udziału w realizacji zamówienia. Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust. 2b ustawy rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia. Izba dostrzega w tej regulacji racjonalizm ustawodawcy, który dla bezpieczeństwa wydatkowania środków publicznych uznał za konieczne, aby zamawiający mógł zweryfikować podmiot realizujący na jego rzecz zamówienie. Natomiast w sytuacji, gdy podmiot takiego udziału nie bierze, to jego wiarygodność nie wymaga badania. Skoro zatem na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany podał, że podmiot udostępniający mu zasób wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, zamawiający utracił podstawę do żądania dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. Faktycznie z oferty wykonawcy wybranego nie wynikało, czy X będzie brał udział w realizacji zamówienia, a zamawiający mógł powziąć takie przeświadczenie na podstawie treści formularza ofertowego, gdzie wykonawca wybrany wskazał części, które zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz na podstawie dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, które wykonawca wybrany załączył dodatkowo. Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. wezwał wykonawcę wybranego nie tylko do złożenia oświadczeń i dokumentów, ale także do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, zatem wykonanie wezwania poprzez wyjaśnienie, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia należy uznać za wykonanie wezwania zamawiającego w całości, w sytuacji złożenia oświadczenia, że podmiot udostępniający zasób nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia. Izba uznaje za niesłuszny pogląd odwołującego, że skoro zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, a wykonawca wybrany tych dokumentów nie złożył, to już z tego faktu należy wywieść zaistnienie podstawy do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, na to, iż po 29 stycznia 2010 r. [*po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 219, poz. 1706) – przyp. red.*] podstawą wykluczenia nie jest już fakt niezłożenia oświadczeń i dokumentów na wezwanie, ale wyłącznie fakt nie wykazania spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, zatem o automatyzmie, który podnosi odwołujący w odwołaniu nie może być mowy. Izba nie podziela także poglądu odwołującego, że wykonawca wybrany powinien był składać odwołanie na fakt wezwania go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, skoro uważał, że nie miał takiego obowiązku. Izba zauważa, że zamawiający wezwał tak do złożenia dokumentów lub oświadczeń, jak i do złożenia wyjaśnień, a zatem dopuszczał możliwość, że wyjaśnienia wykażą brak konieczności uzupełniania dokumentów i oświadczeń, tak jak to miało miejsce w sprawie. Ponadto Izba zwraca uwagę odwołującego na to, że sam fakt wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie godził w interes tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż wykonawca nie mógł nawet potencjalnie zakładać, że złożenie wyjaśnień w miejsce dokumentów spowoduje wykluczenie go z postępowania. Dopiero z chwilą, gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę wybranego na skutek niezłożenia dokumentów i oświadczeń, uznając, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, interes wykonawcy wybranego w uzyskaniu zamówienia byłby zagrożony.

55. Sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

W ocenie Izby w pierwszym rzędzie należy wskazać, iż spółka X udostępniająca swoje zasoby kilku wykonawcom, którzy złożyli wnioski nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, bowiem nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie złożyła wniosku i nie będzie także uprawniona do złożenia w przedmiotowym postępowaniu oferty. Przywołany przez odwołującego Y art. 82 ust. 1 ustawy zakazujący złożenia wykonawcy więcej niż jednej oferty nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym analizowanej sprawy w odniesieniu do grupy spółek korzystających na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy z zasobów udostępnionych przez spółkę X. Podkreślenia wymaga, iż inny jest status podmiotu składającego wniosek, a inny podmiotu, którego wykonawca doświadczeniem się posługuje – nie ma on statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy ani nie ubiega się wspólnie z wykonawcą o zamówienie. W konsekwencji zasadnym jest stwierdzenie, iż nie doszło do naruszenia zakazu określonego w art. 82 ust. 1 ustawy. Trzeba podkreślić, iż ustawa daje swobodę wykonawcom co do wyboru sposobu, w jaki chcą ubiegać się o zamówienie (czy chcą wystąpić samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami albo – co umożliwia art. 26 ust. 2b ustawy – oprzeć się na zasobach podmiotów trzecich). Ustawodawca postanowił, wprowadzając do ustawy art. 26 ust. 2b, zwiększyć konkurencję w ubieganiu się o zamówienie, dając zainteresowanym podmiotom możliwość wyboru zasad współpracy stosownie do ich potrzeb. Skorzystanie z przysługującego wykonawcom prawa w stanie faktycznym sprawy nie stanowi o nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 kc w zw. z art. 5 kc. Nie sposób zakwalifikować jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego działania poszczególnych wykonawców, którzy zgodnie z ustawą, wystąpili do tego samego podmiotu o udostępnienie zasobu doświadczenia i wiedzy. Odwołujący Y. nie przedstawił także przekonujących dowodów mogących przemawiać za stwierdzeniem, iż wnioski złożone przez wykonawców korzystających z zasobów spółki X zmierzają do obejścia normy art. 82 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji są nieważne na podstawie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 par. 2 kc. Odwołujący Y uważa, iż wykonawcy ci w istocie biorą udział w postępowaniu jako jeden konkurent – zatem składając kilka wniosków, a następnie mając możliwość złożenia kilku ofert zmierzają do realizacji stanu faktycznego zakazanego przez art. 82 ust. 1 Pzp. Teza postawiona przez odwołującego Y nie znajduje uzasadnienia przede wszystkim dlatego, że nie sposób wywieść, iż wykonawcy, którzy skorzystali z zasobu tego samego podmiotu trzeciego, stanowią jednego wnioskodawcę.

56. Sygn. akt: II Ca 353/10, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 8 września 2010 r.

(…) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 5 ppkt 2c wskazano, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych

do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany został do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów za okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W wykazie oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazania braku podstaw do wykluczenia w pkt 5 ppkt 3 i wskazano informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowej-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy do wartości co najmniej 4.000.000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Brak natomiast było w treści SIWZ zapisu, z którego wynikałoby, że obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie takiego samego zaświadczenia banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej o kondycji finansowej osoby trzeciej, z potencjału której wykonawca zamierza skorzystać przy wykonywaniu zamówienia. Przy takiej redakcji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca nie miał podstaw ku temu, by wzywać skarżącego do przedłożenia tych dokumentów, których niedostarczenie stało się przyczyną wykluczenia skarżącego z przedmiotowego postępowania o zamówienia publiczne.

57. Sygn. akt: XII Ga 451/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r.

W myśli art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Sąd podziela również stanowisko Izby w zakresie ustalenia, iż X winno zostać wezwane do przedłożenia dokumentów podmiotowych osób fizycznych udostępniających samych siebie. W szczególności Sąd podziela ustalenia Izby, iż z oferty X, a konkretnie z treści wykazu osób, jak i treści dołączonych zobowiązań do współpracy wynika, iż Konsorcjum X będzie dysponować dwiema osobami na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b pzp jako osobami fizycznymi, które jako podmiot niezależny od wykonawcy zobowiązały się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia, a także zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji zamówienia. X nie dysponowało tymi osobami jako swoim zasobem kadrowym, gdyż nie wskazał, iż łączy go z nimi umowa o pracę bądź inna umowa cywilnoprawna. Wobec powyższego, na mocy postanowienia pkt 9.3 *in fine* i.d.w.s.i.w.z. X obowiązane było, co do zasady do złożenia dokumentów wymienionych w postanowieniu pkt 9.3 *in fine* i.d.w.s.i.w.z. w lit. J) do o). Wykonawca stosownymi dokumentami winien przede wszystkim wykazać w oparciu, o jaki stosunek prawny będzie dysponował tymi osobami. Nie można wykluczyć, iż w przypadku tych osób, iż przykładowo prowadzą one działalność gospodarczą w oparciu o wpis do ewidencji działalności gospodarczej i X zaangażuje ich w charakterze podwykonawców, lecz wobec wspomnianych wyżej braków w ofercie zamawiającego nie mógł tego uczynić z uwagi na brak stosownej rubryki w dokumentacji ofertowej. W trybie art. 26 ust. 2b pzp zamawiający może żądać zarówno dokumentów, jak i oświadczeń. W niniejszej sytuacji same opisane powyżej oświadczenia dwóch osób fizycznych należy uznać za niewystarczające. Celem nowelizacji art. 26 pzp było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Poleganie wykonawcy na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, bez wątpienia

zwiększa potencjalny krąg wykonawców. Wykonawca jest obowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przy czym wykonawca musi wykazać charakter prawny stosunku łączącego go z takim podmiotem, musi też udowodnić czas korzystania z tego potencjału, jak i jego zakres i rodzaj. Zgodnie z ustalonym stanowiskiem doktryny różnica pomiędzy osobami trzecimi a podwykonawcami sprowadza się do tego, iż osoby trzecie jedynie udostępniają potencjał wykonawcy, czy też podwykonawcom, natomiast podwykonawcy realizują część zamówienia. W doktrynie uważa się, iż do osób trzecich nie ma zastosowania art. 36 ust. 4 i 5 pzp, brak jest natomiast poglądu doktryny, aby wyłączeniu podlegał w stosunku do osób trzecich art. 26 ust. 2b pzp.

58. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r.

Należy przypomnieć, że nowelizacja z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadziła znaczącą zmianę w sposobie wykazywania spełnienia warunków przez wykonawcę. O ile przed nowelizacją nie było możliwe oparcie się na potencjale innych podmiotów, które nie były wykonawcą samodzielnie występującym w postępowaniu lub wykonawcą występującym wspólnie (konsorcjum), o tyle w nowym stanie prawnym w przypadku niektórych warunków udziału w postępowaniu możliwość taka istnieje. Wykonawca może polegać na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączącego go z nim stosunku. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą, a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń, czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu). Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in.: potencjału technicznego, czy osób zdolnych do wykonania zamówienia – w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia. Zatem prawidłowo KIO oceniła, że oświadczenie X przedłożone przez wybranych wykonawców o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia na rzecz Y zawierające zezwolenie na rozporządzanie tą wiedzą i doświadczeniem dla swoich partnerów biznesowych na okres wykonywania zamówienia spełnia wymogi art. 26 ust. 2b pzp. (…)

Art. 26 ust. 3

59. Sygn. akt: KIO 2770/10, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

(…) wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do wykonawcy, zaś w razie jego niewykazania, wykonawca może jednokrotnie, w terminie wskazanym przez Zamawiającego poprawić wadliwy dokument poprzez złożenie brakującego lub poprawnego dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący nie złożył właściwego dokumentu na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2010 r. Naprawienie tego na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niedopuszczalne. Dostrzec należy także sprzeczność w tym zakresie, jawiącą się w argumentacji zaprezentowanej przez Odwo-

łującego na rozprawie, na okoliczność wyjaśnienia, dlaczego właściwego zaświadczenia nie złożono wcześniej, bezpośrednio do Zamawiającego, zgodnie z którą „procedura uzyskania zaświadczenia z banku trwa niekiedy długo – do dwóch tygodni; na moment składania oferty nie mógł złożyć wraz z ofertą odpowiedniego zaświadczenia". Natomiast na pytanie, dlaczego nie złożono tego zaświadczenia w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego, tj. z 14 grudnia 2010 r. Odwołujący wyjaśnił, iż wezwanie to Odwołujący otrzymał 15 grudnia 2010 r. późnym popołudniem i nie był w stanie stawić się na wezwanie Zamawiającego, na którą to okoliczność przedłożył pismo, z którego wynika, że musiał w miejscowości poza W. stawić się na odbiór obiektu. Dostrzec trzeba jednak, że wskazane zaświadczenie z banku nosi datę wcześniejszą aniżeli nie tylko wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 grudnia 2010 r., ale także wcześniejszą niż dzień składania ofert, nadto sygnalizowane przez Odwołującego okoliczności nie stały na przeszkodzie złożeniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2010 r. zaświadczeń z dwóch innych banków wystawionych później (3 grudnia 2010 r. i 26 listopada 2010 r.).

60. Sygn. akt: KIO 72/11, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r.

Izba wzięła pod uwagę treść art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Jednocześnie, w myśl § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*], za aktualne uznawane są zaświadczenia wydawane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego i właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. odformalizowania postępowania, pozwolenia wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunięcie uchybień w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Oczywiste jest bowiem, że jeżeli wykonawca nie posiadał danego dokumentu na dzień składania ofert i ubiega się o taki dokument w wyniku wezwania przez zamawiającego, to dokument ten będzie oznaczony datą późniejszą niż termin składania ofert. Data ta jednak, jak wskazano powyżej, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści spełnianie warunku na dzień składania ofert.

61. Sygn. akt: KIO 293/10, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r.

Zgodnie z § [*art. – przyp. red.*] 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uzupełnione na wezwanie Zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert – wbrew stanowisku Odwołującego nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu. Skoro partner Konsorcjum oświadczył, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia w okresie od 1 stycznia

2010 r. do dnia 26 listopada 2010 r., oznacza to, że w dniu 22 października 2010 r. spełnił warunek udziału w postępowaniu „negatywny", tj. nie podlegał wykluczeniu z powodu orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia.

62. Sygn. akt: X Ga 60/10za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 23 kwietnia 2010 r.

Jak wynika z SIWZ oraz pkt 2 Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, wolą zamawiającego było żądanie określonych w pkt 2 Specyfikacji Technicznej dokumentów. W pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej zamawiający żądał od wykonawców, jako dokumentu wymaganego przy złożeniu certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji przedmiotu zamówienia, potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową normami i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz stwierdzającego, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Wskazany dokument musiał stwierdzać zgodność wyrobu z wymogami dyrektywy, a kopia certyfikatu winna być czytelna i pozwalać na ustalenie wszystkich zawartych w niej zapisów. Jak wynika z wskazanego przez zamawiającego wymogu wymieniony powyżej dokument powinien być zgodny z Dyrektywą 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r. w sprawie zbliżania ustawodawstwa Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem oraz z obowiązującymi przepisami prawa, z przepisami Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze [*aktualnie ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 981) – przyp. red.*] oraz Rozporządzenia Rady Ministrów w z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczalności wyrobów do stosowania w zakładach górniczych. Powyższy wymóg uzasadniony był specyfiką działalności prowadzonej w obrębie zakładów górniczych zamawiającego, w ruchu których nie zawsze mogą być wykorzystywane materiały, wyroby znajdujące zastosowanie w przypadku prowadzenia innego rodzaju działalności. Wskazane przedmioty muszą odpowiadać specyficznym wymaganiom, przede wszystkim warunkującym ich bezpieczną eksploatację. Potwierdzeniem możliwości stosowania przedmiotu zamówienia w tych szczególnych warunkach i spełnienia specyficznych wymagań było posiadanie określonych przez zamawiającego certyfikatów dla zamawianych wyrobów. Aby spełnić warunek udziału w postępowaniu przetargowym, i tym samym uchronić sąd przed groźbą wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawca zobowiązany był do złożenia wymaganego, wymienionego certyfikatu. Odwołujący się X nie spełnił powyższego obowiązku. Odwołujący wprawdzie złożył certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa na: OBAC/378/CB/07 (k 14 akt KIO) lecz złożony certyfikat nie spełniał przewidzianych dla niego wymogów, a w szczególności nie stwierdzał zgodności wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE. Zgadnie z przepisem ar. 26 ust. 3 P.z.p zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia, i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert, a więc nie później niż 31 sierpnia 2009 r. Wobec stwierdzonych braków w dokumentacji odwołującego się pismem z dnia 24 września 2009 r. o nr SGP 221-2108/09 zamawiający wezwał wykonawcę X do uzupełnienia dokumentacji również o przedmiotowy certyfikat, stwierdzający zgodność oferowanego wyrobu z Dyrektywą 94/9/WE, w terminie do 5 października 2009 r. do godziny 15:00. W dniu 5 października 2009 r. wskazany wykonawca celem uzupełnienia dokumentacji złożył dokumenty wraz z załącznikiem nr 1 do wcześniej wydanego certyfikatu nr OBAC/378/CB/07 (k. 13). Z treści tego załącznika wynika, iż przedmiotowe wyroby są zgodne z zasadniczymi wymaga-

niami zawartymi w załączniku II Dyrektywy nr 94/9/WE. Jak wynika wprost z treści załącznika jest on ważny w okresie od 2 października 2009 r. do 17 lutego 2011 r. Z treści załącznika w żaden sposób nie wynika, iż był on ważny przed wskazanym okresem, a w szczególności do 31 sierpnia 2009 r. Skoro przedmiotowy załącznik był ważny dopiero od 2 października 2009 r. to nie mógł stanowić o zgodności certyfikatu z Dyrektywą 94/9/WE przed datą 2 października 2009 r. Z powyższego względu należało uznać, iż odwołujący nie uzupełnił skutecznie wymaganych dokumentów, gdyż złożony certyfikat nie spełniał wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert, a więc nie później niż 31 sierpnia 2009 r. Wskazany załącznik stanowi integralną część certyfikatu, co wprost wynika z treści załącznika, lecz nie może być i jego integralną częścią przed datą jego powstania i obowiązywania, gdyż w tym czasie – przed 2 października 2009 r. – załącznik ten nie istniał. Skoro przedmiotowy załącznik nie istniał przed dniem 31 sierpnia 2009 r. to nie można było wzbogacać treści certyfikatu o spełnienie wymagań wynikających z załącznika do certyfikatu, od tej właśnie daty, lecz ewentualnie od daty zaistnienia załącznika, tj. 2 października 2009 r.

63. Sygn. akt: II Ca 199/10, Wyrok SO w Bielsku-Białej z dnia 18 maja 2010 r.

Wezwanie zamawiającego, kierowane do wykonawcy, o uzupełnienie oferty przez dołączenie dokumentów potwierdzających kwalifikacje Pana Grzegorza D. było sformułowane w sposób jednoznaczny. Mogło ono być interpretowane wyłącznie w kontekście pkt 9.1.2 lit. d SIWZ. Brak wskazania kwalifikacji Pana Grzegorza D., pomimo wezwania zamawiającego, pozbawia skarżącego możliwości wykazywania tych kwalifikacji w postępowaniu skargowym. Podobna sytuacja wystąpiła również w przypadku Pana Stefana S., wskazanego na stanowisko Specjalisty Kluczowego Nr IV Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności architektonicznej. W obu przypadkach Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny ustalonego stanu faktycznego i jego oceny prawnej, którą Sąd Okręgowy w całej rozciągłości akceptuje.

64. Sygn. akt: XIX Ga 344/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 9 września 2010 r.

Skoro, zatem termin do uzupełnienia dokumentów został wskazany przez zamawiającego w sposób wyraźny i wiążący, a wykonawca Konsorcjum X dokumenty te uzupełnił po jego upływie zasadnie zamawiający uznał, iż wykonawca ten nie przedłożył wymaganych w SIWZ dokumentów. Mając powyższe na uwadze za bezprzedmiotowe należało uznać rozważania dotyczące tego, czy w dniu składania ofert oraz w dacie wyboru najkorzystniejszej z nich wykonawca dysponował osobami spełniającymi wymogi określone w SIWZ, bowiem zamawiający nie posiadał w tym czasie stosownych informacji i dokumentów dowodzących tego zasadnie, zatem wobec niewykonania wezwania zamawiającego wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona. (…) Na marginesie należy również wrócić uwagę na bezpodstawność wniosku wykonawcy zawartego w jego piśmie z dnia 28 września 2009 r. skierowanym do zamawiającego o wstrzymanie postępowania przetargowego do czasu otrzymania odpowiedzi od Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Katowicach, bowiem żądane przez zamawiającego informacje i dokumenty były wskazane jako wymagane w treści SIWZ, zatem czas na ich uzupełnienie nie był czasem na ich uzyskanie, ale wyłącznie na ich dołączenie do kompletu oferty.

Art. 26 ust. 4

65. Sygn. akt: KIO 141/11, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu, w dziale III.2.2 postawił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców. W celu wykazania spełnienia przez wykonawców warunków dotyczących sytuacji finansowej i eko-

nomicznej Zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawców informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, na co najmniej 25 000 000,00 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosku […] (w przypadku wykonawców zagranicznych posiadających środki finansowe w walucie innej niż złoty należy podać wartość przeliczoną na złote według średniego kursu NBP z dnia ukazania się ogłoszenia) […]. (…) w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy, Przystępujący legitymuje się stosowną informacją, aktualną na dzień składania wniosków, jednakże informacja ta nie uwzględnia zalecenia Zamawiającego, co do konieczności przeliczenia jej wartości wg kursu NBP. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, na podstawie przedłożonych dokumentów. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych z wnioskiem o wyjaśnienie informacji wystawionej dla podmiotu zagranicznego. Wyjaśnienie powyższe nie będzie kreowało nowej treści dokumentu, nie będzie również nowym dokumentem, gdyż będzie jedynie zawierało przeliczenie kwoty podanej w informacji (czyli już znanej Zamawiającemu) wg kursu NBP obowiązującego w dniu ogłoszenia o zamówieniu (kurs oficjalnie dostępny, ogłaszany na stronach internetowych NBP, jak i w innych źródłach).

66. Sygn. akt: V Ca 324/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2010 r.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uzależnił możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne od wykazania, że wykonawca w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia dzielności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje, co najmniej jedną usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku systemem telefonii II° składającym się co najmniej z 500 telefonów w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej z 20 lokalizacji, u jednego odbiorcy, przy czym telefony IP, rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach. Celem potwierdzenia spełnienia powyższego wymogu Konsorcjum X załączyło we wniosku wykaz wykonywany usług, w którym to w pozycji 4 zamieściło usługę zakresowo odpowiadającą warunkom stawianym przez Zamawiającego, wykonywaną na rzecz (…). Wykonawcy załączyli również do wniosku referencję, która miała potwierdzić, iż usługi objęte umową ramową, nr (…) świadczone przez Y, są należycie wykonywane. W piśmie z dnia 2 września 2009 roku Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do (…), czy zakres usług zawartych w umowie nr (…) pokrywa się z zakresem usług wskazanych przez Zamawiającego, jeśli tak, czy usługi utrzymania i zarządzania, świadczone przez co najmniej roczny okres są realizowane z należytą starannością, jeżeli natomiast zakres usług się nie pokrywa, proszą o podanie jakie usługi obejmował wskazany kontrakt. W odpowiedzi (…) podały, że zakres przedmiotowy umowy obejmował wdrożenie infrastruktury telekomunikacyjnej na jednej z litewskich linii kolejowych (około 340 km) oraz, że w 2008 roku Y zainstalowała infrastrukturę WAN i system telefonii IP w 15 lokalizacjach oraz około 40 telefonów IP, a umowa nie dotyczyła kwestii konserwacji i zarządzania systemem. W grudniu 2009 r. zamawiający ponownie wystosował prośbę do (…) o udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówieniu przedmiotowej umowy oraz umowy w części dotyczącej szczegółowego zakresu prac przeprowadzonych przez Y wraz z ewentualnymi zakresami. Wobec tego, że jest objęta klauzulą poufności i przedstawienie całego zakresu umowy mogłoby wiązać się z jej naruszeniem, (…) odmawiając przesłania umowy w całości, jedynie poświadczyły prawdziwość informacji zawartych w poprzednim piśmie. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że skoro Konsorcjum X zawarło we wniosku nieprawdziwe informacji wykluczy je z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. (…) W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ustalono ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały przesłanki do wyklu-

czenia Konsorcjum X z postępowania, a zatem nie zostało wykazane, że wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Izba uznała, że umowa nr (…) dotyczyła referencji mających potwierdzić należyte wykonanie zadanie oznaczonego nr 4 wykazu, a jej zakres nie potwierdził posiadania przez X stosownego doświadczenia. Odwołujący się podniósł, iż wykonywał szereg zadań dla (…) i nie wykluczył, że do złożonego wniosku została omyłkowo dołączona inna referencja, dotycząca innego zakresu wykonywanych zadań. W tej sytuacji (…) zobowiązany był zażądać wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Izba stwierdziła, iż argumenty przytoczone przez wykonawców są zasadne. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej informacje uzyskane przez Zamawiającego odnośnie umowy nr (…) nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Konsorcjum X z postępowania. Działania podjęte przez Zamawiającego zmierzające do weryfikacji oświadczeń uczestników postępowania poprzez wystąpienie z zapytaniem do (…) co do zakresu prac wykonywanych w ramach umowy, wprawdzie zgodnie z przepisami prawa są jednak nie wystarczające do wyjaśnienia spornych kwestii. Zamawiający w tym sumie rzeczy powinien wezwać Konsorcjum X do złożenia wyjaśnień tym bardziej, że pkt 4 wykazu nie wskazuje na umowę nr (…). Umowa ta, jak podaje odwołujący, mylnie została załączona jako referencja. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum X do wyjaśnień, ponieważ niezasadnie stwierdził, iż wyjaśnienia złożona przez odwołującego na podstawie art. 26 ust 4 ustawy pzp byłyby tożsame z tymi we wniosku. Zamawiający nie jest władny decydować o treści oświadczenia, do którego złożenia uprawniony jest wykonawca i w oparciu o swoje rozstrzygnięcie podejmować decyzje dotyczące tego wykonawcy. Poza zakresem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej pozostała kwestia prawdziwości informacji złożonych przez Konsorcjum X. Ustalenia te pozostają w gestii Zamawiającego, który powinien rozstrzygnąć to zagadnienie w oparciu o swoje informacje i wyjaśnienia złożone przez odwołującego się w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp. (…) Istota rozpoznaniu skargi sprowadzała się do oceny, czy Zamawiający dysponował wystarczającymi informacjami do tego by ponad wszelką, wątpliwość ustalić, iż Konsorcjum X podało nieprawdziwe informacje na temat wymaganego doświadczenia wykonawców, a zatem czy zasadnie pozbawił udziału Konsorcjum X w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza trafnie uznała, że Zamawiający podjął próbę ustalenia, czy uczestnik postępowania świadczył usługi w danym zakresie oraz na podstawie korespondencji z (…) podjął decyzję, że odwołujący się nie wykonywał tych usług. (…) Art. 26 ust. 4 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia wniosku, jeśli na podstawie złożonych dokumentów poweźmie wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę wymagań określony w zgłoszeniu. Całokształt materiału dowodowego potwierdza, iż Zamawiający miał zastrzeżenia, co do wiarygodności deklaracji Konsorcjum X oraz że nie był w stanie we własnym zakresie ich wyjaśnić. Uzasadnione jest zatem skierowanie zapytania do odwołującego się w celu złożenia stosownych oświadczeń.

Art. 27 ust. 1

67. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Skarżąca zdaje się nie dostrzegać dyspozycji art. 27 ust. 1 PZP, zgodnie z którą w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jest to norma kompetencyjna, przyznająca zamawiającej uprawnienie do określenia formy porozumiewania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Realizując powyższą normę, w Rozdziale I części 5 punkcie 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy komunalnych budynków wielorodzinnych nr 3, 4 i 5 na osiedlu (…) w Ł. – przedsięwzięcie II, etap 2 skarżąca wskazała, że „sposób porozumienia się zamawiającej z wykonawcą określa art. 27 PZP, a w niniejszym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiająca i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającej, pisemnie pogrubienie w oryginale". Oznacza to, że sama skarżąca, zamieszczając powyższy zapis w SIWZ, jako formę porozumienia się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wybrała formę pisemną. W takim wypadku wszelkie oświadczenia i informacje, które strony postępowania o udzielenie zamówienia sobie przekazują, wywierają skutek pod warunkiem złożenia ich w formie pisemnej (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 14 lutego 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 75/08, publ. w: Legalis wersja 536). Funkcją wskazania przez zamawiającą dozwolonych środków komunikowania, jest zapewnienie wykonawcom pewności, w jaki sposób będzie następowało kontaktowanie się między uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest istotne chociażby ze względu na dochowanie terminowości czynności prawnych (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 8 czerwca 2009 roku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 675/09, publ. w: Legalis wersja 536).

68. Sygn. akt: V Ca 226/10, Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 września 2010 r.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Zamawiający takiego wyboru dokonał w rozdziale 9 SIWZ, gdzie określił, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują drogą pisemną bądź faksem. Wbrew twierdzeniom skarżącego wedle art. 27 ust. 2 ustawy żądanie potwierdzenia otrzymania faksu przez drugą stronę nie jest obowiązkiem lecz uprawnieniem. W tej sytuacji termin do wniesienia odwołania winien być liczony od dnia przesłania faksu z informacją o wyborze oferty a nie doręczenia informacji o wyborze oferty (art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Art. 29 ust. 1

69. Sygn. akt: KIO 11/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.

Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. Zakres świadczenia – w okolicznościach sporu ilość oczekiwanych badań przesiewowych i potwierdzających – nie może być pozostawiony domyślności wykonawcy lub oparty na informacjach uzyskanych z pominięciem przewidzianej przepisami prawa procedury. Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. – jawności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Prowadzi również do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia.

70. Sygn. akt: XIX Ga 110/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2011 r.

Brak jest również podstaw by sposób określenia przedmiotu zamówienia uznać za niezgodne z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Dokonując, bowiem oceny tego, czy został on opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący należy brać pod uwagę całokształt postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jedynie ich fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, iż kontekst, w jakim dane wrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności. Biorąc zaś pod uwagę całokształt postanowień, w których określono przedmiot zamówienia nie ma wątpliwości, iż jest to dostawa opisanych bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) oraz zapewnienie ich realizacji w wyspe-

cyfikowanych punktach handlowych i gastronomicznych. Jeśli zaś zamawiający nie określił cech posiłków profilaktycznych na takim poziomie szczegółowości jakiego oczekiwał skarżący, uznać należy, iż taka była jego intencja, a kwestie odnoszące się do składników żywnościowych, ich jakości i ceny w tym przetargu nie są dla zamawiającego istotne, poza jedną. Zamawiający domagał się, aby sporne bony żywieniowe posiadały zastrzeżenie o braku możliwości realizacji w zakresie nabycia produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych. W odniesieniu zaś do ewentualnego naruszenia przepisów prawa pracy podnieść należy, iż przepis art. 232 Kodeksu pracy nakłada na pracodawcę (zamawiającego) określone obowiązki, a ewentualny brak, czy wadliwy sposób ich realizacji oceniać należy z punktu widzenia skutków prawnych przewidzianych przepisami prawa pracy. W konsekwencji, kwestie te, jako całkowicie odrębne od postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, nie podlegają rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu.

Art. 29 ust. 2

71. Sygn. akt: KIO 2752/10, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż pozycja Konsorcjum: (…) w postępowaniu jest uprzywilejowana w stosunku do pozycji odwołującego, jak i każdego innego wykonawcy, który ubiegałby się, tak jak odwołujący, o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w toku postępowania jest efektem niepełnego, tj. niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz braku zamieszczenia w treści specyfikacji klauzuli, która będzie umożliwiała każdemu wykonawcy, który nie jest autorem oprogramowania (…), równy dostęp do danych niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty i wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganej integracji. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający powinien dokonać zmiany postanowień siwz w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z żądaniami odwołania, przez zobowiązanie się do udostępnienia wykonawcy opisów interfejsów wymiany danych lub kodów źródłowych posiadanego oprogramowania w celu stworzenia odpowiednich interfejsów, po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zobowiązanie się do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, tj. do udzielenia wykonawcy zlecenia, upoważniającego wykonawcę do działania w powyższym zakresie na jego rzecz, zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

72. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

Uprawnieniem wykonawców kwestionujących opis przedmiotu zamówienia wynikającym z norm art. 29 ust. 1 oraz art. 30 Pzp jest jedynie domaganie się takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi złożenie prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu oferty tzn. sformułowania użyte przez zamawiającego powinny w sposób wyraźny identyfikować przedmiot zamówienia, określać go i opisywać.

Art. 29 ust. 3

73. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że określił on w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dokładne, w jednoznaczny i niebudzący wątpliwości sposób, co oznacza produkt równoważny podając, że rozumie przez to właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu zamienniki. Należy zauważyć, że każdy zamiennik musi z istoty swojej różnić się w jakimś zakresie od oryginału. Zatem podane w SIWZ określenie, że chodzi o produkt równoważny, z uwzględnieniem nawet powyższego, wskazane-

go przez zamawiającego, rozumienia równoważności, musi być uznane za bardzo ogólne i wypada się zgodzić z wywodem Krajowej Izby Odwoławczej, zamieszczonym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że bez doprecyzowania dopuszczalnych różnic pomiędzy przykładowo podanym w SIWZ oprogramowaniem Microsoft Office Smali Bussines 2007 PL OEM – instalacja, nośnik, licencja, a dopuszczonym do zaoferowania zamawiającemu – zgodnie z SIWZ – oprogramowaniem równoważnym nie jest uzasadnione odrzucenie oferty odwołującego się wprost na podstawie treści warunków SIWZ. Słusznie wskazuje się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, którego argumentację Sąd Okręgowy w całości podziela, że ciężar prawidłowego, nie budzącego wątpliwości sformułowania SIWZ pod względem określenia warunków, jakim powinien odpowiadać przedmiot zamówienia, spoczywał na zamawiającym. Konsekwencją niejasnego zaś, w tym przypadku zbyt ogólnego, określenia warunku równoważności jest doprowadzenie do sytuacji spornej, występującej w niniejszej sprawie.

Art. 36 ust. 1 pkt 16

74. Sygn. akt: XII Ga 570/11, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 10 grudnia 2010 r.

Niezmiernie istotne jest, aby kara umowna była adekwatna do skutków zaistniałych wskutek konkretnego uchybienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Naliczanie kary umownej od całości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za dany miesiąc ma wpływać nań dyscyplinujące. Pamiętać bowiem należy, iż działania podejmowane w ramach zwalczania skutków zimy tworzą jedną logiczną całość i działają na zasadzie naczyń położonych. Zaniechanie wykonania jednego elementu może zniweczyć cały ciąg podejmowanych działań, stąd tak określona wysokość kar umownych ma zmierzać do zmuszenia wykonawcy do dołożenia najwyższej należytej staranności przy wykonaniu całościowo przedmiotu zamówienia. Przyjęcie zasady naliczania kar umownych od poszczególnych, pojedynczych niewykonanych elementów (a więc kar stosunkowo niewysokich) mogłoby doprowadzić do sytuacji, iż dla wykonawcy z finansowego punktu widzenia bardziej opłacalne byłoby niezapewnienie jakiegoś elementu ochrony, gdyż uiszczona kara umowna byłaby niższa niż koszty zapewnienia tego elementu ochrony.

Art. 36 ust. 2 pkt 3

75. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2010 r.

Co do zarzutu opisanego w pkt 16 odwołania, odnoszącego się do zamówień uzupełniających Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek podania w SIWZ informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeśli planuje ich udzielić. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Części E SIWZ wskazał na taką możliwość, czym wypełnił dyspozycję wskazanego przepisu ustawy Pzp. Zamawiający na tym etapie postępowania nie ma obowiązku wskazywania szczególnych okoliczności, w których zamówienia uzupełniające będą w przyszłości udzielane, czego domaga się Odwołujący. Należy wskazać, że zamówienia uzupełniające nie są objęte przedmiotowo zamówieniem podstawowym. Stosownie do art. 32 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek jedynie uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających w szacunku zamówienia podstawowego. Szczegółowy zakres świadczenia objęty zamówieniem uzupełniającym określany jest natomiast odrębnie w toku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, które nie musi być obowiązkowo udzielone. Jest to jedynie prawna możliwość zawarcia umowy z dotychczasowym wykonawcą usługi po wynegocjowaniu jej postanowień w toku wskazanego odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 38

76. Sygn. akt: KIO 2812/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

Warto zauważyć, że zamawiający nie jest też zobowiązany do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie w razie wniesienia środków ochrony prawnej. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem. Tylko wtedy może być osiągnięty cel postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego i zawarcie umowy, której ważność nie będzie kwestionowana. Zamawiający może zatem dokonać korekty wadliwych postanowień specyfikacji w wyniku pytania zadanego przez wykonawcę co do treści specyfikacji zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 38 ust. 4 Pzp, ale również wyłącznie z inicjatywy własnej.

77. Sygn. akt: KIO 11/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.

(…) Wykonawca nie jest zobowiązany do zadawania pytań o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nawet jeśli potrzeba taka obiektywnie istnieje. To na zamawiającym spoczywa z mocy art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. obowiązek takiego sformułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by należycie opisywały przedmiot świadczenia i mogły być jednakowo interpretowane przez wszystkich wykonawców.

Art. 45

78. Sygn. akt: KIO 36/11, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r.

Izba ustaliła, że do oferty odwołującego dołączono dokument gwarancji ubezpieczeniowej, w której jako sumę gwarancyjną wskazano kwotę 150.00,00 zł (słownie sto pięćdziesiąt złotych 00/100). W ocenie Izby wątpliwość co do wielkości wyrażonej cyframi jako wskazanej w sposób nie stosowany w języku polskim tj. niewątpliwie obarczonej pomyłką, wyjaśnia zapis słowny tej kwoty wyżej zacytowany. Nie udowodnione zostało twierdzenie, jakoby do oferty odwołujący załączył polisę ubezpieczeniową, w której wskazana była kwota 150.000 zł tj. wymagana postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczności faktyczne sprawy są zatem niesporne. Niesporne jest w tym świetle, iż przed upływem terminu składania ofert odwołujący nie złożył wymaganego wadium, stosownie do wymogu art. 46 ust. 3 ustawy. Należy stwierdzić, że ewentualne uzupełnienie dokumentu gwarancji w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Dokonane ustalenie prowadzi do wniosku, że wniesione pierwotnie i w terminie wadium nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń zamawiającego. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i co, oczywiste, w kwocie pieniężnej wymaganej postanowieniami siwz. Jakiekolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta, a w przedmiotowej sprawie jest to ograniczenie wysokości wadium, chociażby w wyniku popełnienia pomyłki przez wystawcę dokumentu, należy uznać za nieprawidłowe i prowadzące do wniosku, że wadium nie zostało wniesione. Konsekwencją dokonanego ustalenia jest uznanie za uzasadnioną decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego się wykonawcy z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Należy także zauważyć, że dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest treścią oferty, a zatem nie mają do niego zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczące ewentualnych wyjaśnień dotyczących treści dokumentu lub poprawiania zawartych w nim pomyłek. Brak jest także możliwości uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, jak również poprawienia błędnej

gwarancji na etapie oceny ofert. W tym świetle decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania była uzasadniona.

79. Sygn. akt: KIO 183/11, KIO 191/11, KIO 190/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r.

Izba uznała, wbrew twierdzeniom odwołującego, że warunek przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, nie stanowi utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących z tytułu gwarancji wadialnej. Zawarcie w treści dokumentu gwarancji bankowej zapisu, iż zapłata nastąpi w przypadku przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta – stanowi jedynie wymóg formalny, który jest dość powszechnie stosowany w praktyce. Powyższe zastrzeżenie nie zmienia charakteru gwarancji złożonej przez Konsorcjum X jako „gwarancji bezwarunkowej" wymaganej przez zamawiającego.

Art. 46 ust. 4a

80. Sygn. akt: KIO 2805/10, KIO 2810/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r.

Odnośnie zarzucanego naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy, Izba na marginesie wskazuje, iż jakkolwiek zatrzymanie wadium, co znajduje potwierdzenie w przywoływanym w odwołaniach postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 07.05.2010 r., sygn. akt. V CSK 456/09, należy uznać za czynność w postępowania, to co do zasady czynność taka, sama w sobie, nie będzie miała wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty (art. 192 ust. 2 Pzp).

81. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2011 r.

Przedmiotem sporu jest w zasadzie ustalenie, czy zamawiający ma prawo mocą swego oświadczenia zawartego w siwz kształtować przesłanki zatrzymania wadium przez ograniczenie ich katalogu w stosunku do obowiązujących przepisów. Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego do podawania wymagań dotyczących wadium w sposób wyczerpujący. Istotą przywołanego przepisu jest podanie przez zamawiającego, czy wymaga wniesienia wadium, a jeśli tak, to w jakiej wysokości. Przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 45 ust. 4a i 5 Pzp mają charakter *iuris cogentis*. Możliwość ich wyłączenia przez zamawiającego przez postanowienia siwz jest niedopuszczalna. (…) Wskazać też trzeba, że tak w przypadku gwarancji bankowych, jak i ubezpieczeniowych z obowiązujących przepisów prawa nie wynikają wprost żadne wymagania dotyczące ich treści. Ich istotą jest natomiast zabezpieczenie wymaganego rezultatu. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjmuje się jednolicie, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 Pzp. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana. W przeciwnym razie nie można uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu". Treść gwarancji złożonej przez przystępującego X nie zawiera generalnej klauzuli wskazującej na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zostały w niej natomiast wskazane przypadki uzasadniające zatrzymanie wadium z pominięciem zobowiązania do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp. Skoro żadna z przesłanek zawartych w enumeratywnym katalogu nie odpowiada zakresowi przywołanego przepisu, nie ustanowiona została możliwość zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp. Izba uznała zatem, że nie nastąpiło wniesienie wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 47

82. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r.

Skarżący upatrywał w zaaprobowaniu przez zamawiającego złożenia przez wszystkich wykonawców powyższego oświadczenia naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wskazał, że wykonawcy ci uzgodnili pomiędzy sobą zasady konkurencji celem wyeliminowania z postępowania pozostałych uczestników. Zwracając uwagę na naruszenie art. 7 ust. 1 pzp podniósł, że przy ocenie zarzutów dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym należy stosować przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stanowiska skarżącego nie można jednak podzielić. Po pierwsze oczywistym jest, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert (…). Zdaniem Sądu Okręgowego skarżący nie wykazał, że zamawiający dokonał oceny wniosków niezgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, a jedynie opierał się na własnym subiektywnym przekonaniu, że wybrani wykonawcy przygotowując swoje wnioski działali wspólnie w celu eliminacji z postępowania pozostałych oraz manipulowali wynikiem kwalifikacji wniosków. Na tę okoliczność poza omówioną wyżej kwestią oświadczenia złożonego w trybie art. 26 ust. 2b pzp nie przywołał żadnych dowodów. Po drugie należy zgodzić się z poglądem KIO, że art. 7 ust. 1 pzp ani przepisy ustawy dotyczące oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie zawierają odwołania do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Procedura udzielania zamówień publicznych jest bowiem wysoce sformalizowana i dopuszczalność odpowiedniego stosowania innych przepisów wynika wprost z ustawowego odesłania np. art. 8 ust. 3, 14 czy 29 ust. 4 ustawy.

Art. 62 ust. 1 pkt 4

83. Sygn. akt: KIO 88/11, Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 7 stycznia 2011 r. skierował do trzech wykonawców, w tym do Odwołującego, zaproszenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jako podstawę zastosowania przedmiotowego trybu wskazując art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (…) 4) „ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem". Tak więc dla spełnienia tej przesłanki konieczne jest kumulatywne zaistnienie następujących okoliczności: pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego, nie można było przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem. Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez która należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. „Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie

szkodzie w majątku i ochronę środowiska" (…). Skoro więc, jak wykazał Zamawiający, zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości działań w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego, brak ich zapewnienia faktycznie spowodowałby zaistnienie nie tylko, że nieprzewidywalnych, ale i negatywnych dla tego właśnie interesu okoliczności. W niniejszym stanie faktycznym okoliczność ta, co przyznał także Odwołujący w treści wniesionego odwołania, istotnie wystąpiła. Niemniej jednak pilność potrzeby udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza, iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i, na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem w literaturze dopuszcza się jako okoliczność, którą można było przewidzieć okoliczność, iż wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, powodując tym samym przedłużenie postępowania, to taką sytuację tym bardziej może być przedłużająca się procedura przetargowa. Jest to bowiem okoliczność (przedłużające się postępowanie), która rzeczywiście występuje. Tak więc można ją przewidzieć. Dla zaistnienia kolejnej okoliczności, tj. tego, iż przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego koniecznym jest ustalenie, czy przyczyna tej pilnej potrzeby nie powstała z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Ta zależność od Zamawiającego powinna mieć charakter zobiektywizowany. Natomiast bez znaczenia jest kwestia jego (Zamawiającego) zawinienia. Powstanie okoliczności zależnych od Zamawiającego winno bowiem nastąpić mimo, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością.

Art. 85 ust. 2

84. Sygn. akt: VI Ga 240/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r.

Nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż to wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy, rozpoznający skargę w niniejszym składzie, podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide m.in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r., sygn. KIO/UZP 267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD 46/10, wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/10). Wykonawca zarówno w odwołaniu, jak i w skardze podnosił, iż wymieniał z zamawiającym pisma, a to z dnia 23.08.2010 r. i 1.09.2010 r., z których jego zdaniem wynika fakt złożenia oświadczenia o chęci dalszego udziału w przetargu. Na rozprawie apelacyjnej wykonawca przedłożył zestawienia billingów na okoliczności prowadzonych z zamawiającym rozmów telefonicznych w sprawie dalszego udziału w przetargu. Zdaniem SO z w/w dowodów nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, aby oświadczenie o związaniu ofertą poza dzień 22.09.2010 r. wykonawca złożył. Oświadczenie takie nie zostało bowiem złożone w żadnym z w/w pism, a zestawienie billingów świadczyć może jedynie o tym, że wykonawca kontaktował się z pełnomocnikami, bądź przedstawicielami zamawiającego. Dalszych wniosków dowodowych na powyższą okoliczność wykonawca nie złożył. Nie można zgodzić się z zarzutami skargi – w świetle treści art. 85.1. prawo zamówień publicznych – iż zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców z pytaniem o dalsze związa-

nie ofertą poza wcześniej wyznaczony termin. Zgodzić się należy w tym zakresie z twierdzeniem wykonawcy, że ma on jedynie takie uprawnienie, z którego jednak nie musi skorzystać.

Art. 85 ust. 4

85. Sygn. akt: III Ca 177/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 17 marca 2010 r.

Istota problemu w tym przypadku sprowadza się do wyjaśnienia terminu „przedłużenie okresu związania ofertą". Sąd akceptuje stanowisko zaprezentowane w zaskarżonym orzeczeniu, że przedłużenie okresu związania ofertą wywołuje skutek dopiero z upływem okresu poprzedniego. Złożenie oświadczenia nie jest jednoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą. Żaden przepis prawa zamówień publicznych nie wskazuje, że złożenie oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą powoduje automatyczne zniwelowanie pierwotnego okresu związania. Do momentu upływu poprzedniego okresu związania ofertą pozostaje ona wszakże zabezpieczona wadium i nie ma potrzeby dublowania tego zabezpieczenia. Przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium dotyczy przecież tylko przedłużonego okresu związania ofertą – co wprost wynika z treści art. 85 ust. 4 pzp. Reasumując, złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w trakcie biegu okresu poprzedniego pozostaje w stanie skuteczności zawieszonej aż do upływu pierwotnego okresu związania. Przedłużenie okresu związania ofertą rozpoczyna bowiem bieg z upływem okresu poprzedniego. I dopiero zatem z chwilą rozpoczęcia biegu okresu przedłużonego możliwa jest więc ocena, czy wykonawca przedłużył ważność wadium lub wniósł nowe wadium na cały przedłużony okres. Użyte w powołanym przepisie sformułowanie „jednoczesne przedłużenie ważności wadium" odnosi się do przedłużonego okresu związania ofertą. Skoro jednak okres przedłużony zaczyna się z upływem okresu poprzedniego, to ocena jednoczesności zabezpieczenia musi brać pod uwagę tę okoliczność w taki sposób, aby oferta pozostawała zabezpieczona zarówno w starym okresie związania, jak i przez wszystkie dni okresu nowego. Przedstawiona przez skarżącego interpretacja art. 85 ust. 4 pzp. prowadziłaby do sytuacji, że wykonawca, który nieprzedłużył ważności wadium lub nie wniósł nowego wadium już w chwili złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą musiałby zostać ukarany za swoją zapobiegliwość. Na tę sprzeczność zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Gdyby w przedmiotowej sprawie X nie złożył oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą to zamawiający nie miałby żadnych podstaw do jego wykluczenia w dniu 25 października 2009 r. W tym bowiem dniu jego oferta pozostawała jeszcze ważna i była prawidłowo zabezpieczona [*pierwotny termin związania ofertą upływał dopiero w dniu 2 listopada 2009 r. – przyp. red.*]. (…) Należy zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że gdyby nawet X nie złożył w dniu 21 października 2009 r. oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą to jego oferta pozostawałaby ważna aż do upływa okresu związania i zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 pzp. mógłby on samodzielnie ją przedłużyć składając oświadczenie nawet w dniu 1 listopada 2009 r. Wykonawcy nie dotyczy bowiem termin trzech dni przed upływem terminu związania ofertą, zastrzeżony w tym przepisie dla zamawiającego. Ocena zabezpieczenia oferty na cały przedłużony okres nie mogłaby jednak zostać dokonana przed rozpoczęciem biegu tego przedłużonego okresie.

Art. 87 ust. 2

86. Sygn. akt: X Ga 7/10, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r.

Nie było kwestionowane, że w treści SIWZ było zawarte wymaganie podaniu producentów materiałów. Bezsporne było również, że odwołujący się w załączniku nr (…) do oferty – wykazie cen jednostkowych materiałów, podał ceny, natomiast pozostawił kolumnę producenta – niewypełnioną. Izba dokonała przy tym niezakwestionowanej oceny, którą Sąd Okręgowy

podziela, że podanie producentów materiałów ma charakter potwierdzający istotny warunek zamówienia albowiem wraz z dokonanym przez zamawiającego opisem rodzajowym materiałów pozwala na dookreślenienie i bliższą identyfikację oferowanych elementów (k. 87 akt karta 11 uzasadnienia) oraz, że w odwołaniu odwołujący się był uprawniony do podniesienia zarzutów w zakresie w jakim podniósł zarzuty w proteście [*aktualnie instytucja protestu już nie obowiązuje – przyp. red.*]. W tym stanie rzeczy należało ponownie ocenić, czy niewskazanie producentów materiałów było brakiem tego typu, który powodował odrzucenie oferty ze względu na to, że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też brak ten mógł zostać uzupełniony na podstawie art. 87 ust. 1 lub 2 ustawy. Sąd Okręgowy nie podzielił oceny, że w rozważanej sprawie brak ten podlegał poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W szczególności art. 87 ust. 1 ustawy odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem (por. wyrok s.okręg. z dnia 29 stycznia 2010 r., XII GA 429/09 w Krakowie, LEX nr 558176), lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. Również poprawa omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy dotyczy treści oferty, która została w ofercie wyrażona. Jedynie na podstawie art. 87 ust. 1a ustawy ustawodawca przewidział sprecyzowanie i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Przepis ten nie ma jednak w sprawie zastosowania bowiem reguluje postępowanie z ofertami złożonymi w trybie dialogu konkurencyjnego. Odmienną sytuacją jest wskazanie częściowo w ofercie dystrybutorów w miejsce producentów materiałów, a inną brak wskazania producentów materiałów. W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok s.okręg. z dnia 7 kwietnia 2009 r. w Nowym Sączu III CA 88/09, LEX nr 532694), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok s.okręg. w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., VGA 40/09, LEX nr 532699). W tym wypadku nie jest to sprecyzowanie nazwy pierwotnie zaoferowanej, lecz zaproponowania nowej nazwy producenta. W omawianej sprawie brak wskazania producentów materiałów było złożeniem oferty o treści nie odpowiadającej treści SIWZ. Jak wynika z akt sprawy dane dotyczące producenta nie zostały wskazane, bowiem odwołujący się ich nie znał. Wobec powyższego nie zachodziła podstawa do uznania wskazanego braku za omyłkę, dlatego oferta podległa odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych bez przeprowadzenia postępowania na podstawie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy. Z powyższych względów nie można było również podzielić zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. też wyrok s.okręg. w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., VGA 40/09, LEX nr 532699). Wskazanie producentów ma istotny wpływ na wycenę elementów przedmiotu zamówienia i stanowiłoby niedopuszczalne uzupełnienie oferty i w ten sposób prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

87. Sygn. akt: KIO 183/11, KIO 191/11, KIO 190/11, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż omawiane niezgodności treści oferty z treścią siwz należy uznać za oczywiste omyłki rachunkowe lub też za inne omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, które podlegają poprawie. Należy podkreślić, że za omyłkę można uznać jedynie niezamierzone działanie wykonawcy. Jeżeli natomiast wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, nie można niezgodności uznać za omyłkę. Przedstawienie przez odwołującego Formularza cenowego w sposób odmienny niż wymagał

zamawiający wynika z celowego działania, jak wyjaśnił odwołujący – miało przedstawić faktyczne koszty realizacji zamówienia.

88. Sygn. akt: KIO 522/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Norma zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter nieostry i ocenny. Jednak w okresie obowiązywania przywołanego przypisu orzecznictwo Izby wypracowało pogląd, zgodnie z którym właściwym punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy. Poprawienia oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. Podkreślić trzeba, że tak ukształtowana interpretacja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp realizuje cel zamierzony przez ustawodawcę. Ratio legis przywołanego przepisu jest wyłączenie możliwości odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści. W przypadku wielu postępowań na treść oferty składa się wiele dokumentów – gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane – częstokroć kosztorysy o licznych pozycjach. Mnogość danych powoduje, że możliwość popełnienia błędu jest wysoce prawdopodobna. Błędy te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca dał możliwość korekty uznając, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Skoro ustawodawca dał w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwość zmiany oferty w jej merytorycznym aspekcie, to tym bardziej uzasadnione jest powołanie się na ten przepis w przypadku usunięcia wewnętrznych sprzeczności tkwiących w ofercie.

89. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r.

(…) o możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek pisarskich powodujących niezgodność oferty z SIWZ decyduje skala omyłek, liczona rezultatem oferty po ich ewentualnym poprawieniu, w tym znaczeniu, czy po ich naniesieniu treść oferty zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. W przedmiotowym przypadku zgodzić się należy ze skarżącym, iż dokonanie, jak tego chce KIO, w pozycjach 3, 10, 11 i 43 kosztorysu poprawek w ofercie, nie byłoby możliwe samodzielnie przez Zamawiającego. Czyli zmuszałoby Zamawiającego do żądania od wykonawcy wskazania sposobu poprawienia oferty oraz wskazania jakie pozycje w kosztorysie i w jaki sposób należałoby zmienić oraz podanie, jakie wartości na miejsce poprawionych należałoby wpisać. Taka zmiana za zmianę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty uznana być nie może. Z treści bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. W sprawie niniejszej poprawienie błędnych pozycji w kosztorysie oferty zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co odbiera niniejszym pomyłkom przymiot oczywistości i uniemożliwiając samodzielne wprowadzenie poprawek przez zamawiającego sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem nie mogło zostać dokonane. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelna w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna.

90. Sygn. akt: XIX Ga 18/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r.

Kluczowe znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest przypomnienie, że wedle ogólnej reguły wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferta sprzeczna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu. Od tej rygorystycznej zasady przepis ten przewidział wyjątek zawarty w art. 87 ust. pkt 3 p.z.p. Otóż zgodnie z nim, zamawiający poprawia 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. Dopiero, gdy tenże w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, to zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia takiej oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7 p.z.p.). Innymi słowy mówiąc, o ile omyłki zawarte w ofercie mają charakter istotny, to zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Jeśli natomiast omyłki nie powodują istotnych zmian treści oferty to zamawiający jest zobligowany do dokonania ich poprawek, a czym zawiadamia – wykonawcę. Przechodząc do omówienia, treści obu ofert w zakresie jedynie niezbędnym dla sprawy, to jest rzeczą niewątpliwą, że obie zawierają wskazane wcześniej omyłki w kosztorysach stanowiących załącznik do oferty, a wymaganych przez SIWZ. Jest zatem oczywistym, że te oferty nie odpowiadają treści specyfikacji. Jak to już powiedziano nie daje to jeszcze podstawy do odrzucenia tychże ofert, chyba że omyłki w nich zawarte mają charakter istotny. *Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahe pomyłki, niedopatrzenia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów. Może to dotyczyć także i ceny wskazanej w ofercie. W rzeczy samej omyłki zawarte w kosztorysach przez obu Wykonawców mają charakter omyłki i nie są wynikiem świadomego złożenia ofert niezgodnych z SIWZ. Argumentacja przez niech zawarta w proteście, odwołaniach, na rozprawie przed KIO dają podstawę do twierdzenia, że wpisanie, czy też pomięcie w kosztorysach pewnych elementów nie było działaniem zamierzonym i mieści się w granicach pojęcia omyłki. Została również spełniona przez nich i druga przesłanka, która obligowała Zamawiającego do dokonania poprawek. Otóż omyłki te nie mają charakteru istotnego. Zauważyć bowiem należy, że cena zaoferowana przez X, wynosiła 5.080.319,67 zł i gdyby uwzględnić omyłki w kosztorysie „roboty budowlane" na str. 44 odnoszącej się do żaluzji pionowych oraz w kosztorysie „instalacje elektryczne" w poz. 30, to cena, którą zaoferowałby ten wykonawca byłaby większa o ok. 2,500 zł, Z kolei, gdyby drugi z wykonawców uwzględnił błędy zawarte w kosztorysie w poz. 20, 91, 230 i 242 kosztorysu „roboty budowlane", poz. 30 kosztorysu „instalacje elektryczne" i poz. 145 kosztorysu „instalacja słaboprądowa", a także w poz. 52 kosztorysu „instalacja sanitarna wewnętrzna", to oferowana przez niego cena 5.466.619, 62 zł wzrosłaby o ok. 0,7%. Mając na uwadze złożoność kosztorysów, a szerzej ofert, które w pozostałym zakresie były prawidłowe, a także stosunek oferowanych cen do ewentualnych uchybień można z całą pewnością powiedzieć, że nie mamy tutaj do czynienia z istotnymi niezgodnościami z treścią SIWZ, które dawałby podstawę do ich odrzucenia przez Zamawiającego, bez zastosowania trybu poprawiania omyłek.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

91. Sygn. akt: KIO 38/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r.

Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności, ponieważ była ona wymagana wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje urzą-

dzenia równoważne do urządzeń wymaganych w SIWZ. Z oferty Odwołującego nie można wywieść, że zaoferował on urządzenia równoważne – Odwołujący w kosztorysie ofertowym nie podał żadnych nazw urządzeń, które mogłyby wskazywać na to, że oferuje inne urządzenia od wymaganych w SIWZ. Co więcej, SIWZ nie nakładała na wykonawców obowiązku podawania nazw urządzeń (jak sam Zamawiający stwierdził na rozprawie), a kosztorys ofertowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i zgodnie z zapowiedzią w SIWZ nie mógł być brany pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert. Przy takich postanowieniach SIWZ jak sformułowane przez Zamawiającego, Zamawiający winien się liczyć z tym, że właśnie taka sytuacja nastąpi i wykonawcy składający oferty nie podadzą nazw urządzeń. W tych okolicznościach należy przyjąć, że wykonawca zaoferował urządzenia dokładnie takie, jak opisywała to SIWZ – nie ma bowiem żądnych podstaw, aby przypuszczać inaczej. Można się spodziewać, że gdyby wykonawca rzeczywiście zaoferował urządzenia równoważne do opisanych w SIWZ – to wówczas w ofercie by to zaznaczył. W takim wypadku zaistniałby obowiązek załączenia do oferty deklaracji zgodności. Gdyby jej nie załączono, wówczas pełne zastosowanie znalazłby art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający miałby obowiązek wezwania do uzupełnienia deklaracji zgodności, jak wynika z wcześniejszych wywodów).

92. Sygn. akt: KIO 59/11, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r.

Rozpoznaniu podlegał (…) zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego, którą zamawiający uznał, za niezgodną z treścią siwz i odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, na który składała się w szczególności treść siwz oraz oferta odwołującego, Izba uznała, iż oferta odwołującego była niezgodna z treścią siwz w zakresie wymagania, aby podstawowe elementy systemu wraz z ich oprogramowaniem sterującym pochodziły od jednego producenta. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż w swojej ofercie odwołujący zaproponował w ramach rozwiązania równoważnego system, na który składały się elementy pochodzące od różnych producentów – przetworniki X oraz Y. Okoliczność ta została wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 31 grudnia 2010 r., jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zamawiający wskazywał dodatkową, ponad zawartą w informacji przekazanej odwołującemu, argumentację mającą uzasadniać uznanie tej oferty za niezgodną z treścią siwz, dotyczącą oceny spójności i kompatybilności systemu. Zamawiający wskazał, iż spójność systemu rozumiał, jako jednakowe brzmienie wszystkich kanałów wyjściowych i wejściowych przetworników analogowo-cyfrowych i cyfrowo-analogowych, prawidłową technologię pracy polegającą na ujednoliconej obsłudze urządzeń i zdalnej obsłudze urządzeń zewnętrznych (przetworników A/C i C/A) z poziomu programu (…). Należy zauważyć, iż w siwz, zamawiający nie wyjaśnił znaczenia pojęcia kompatybilność oraz spójność systemu, poprzez sprecyzowanie swoich oczekiwań w tym zakresie, poprzestając jedynie na wskazaniu, iż dla zapewnienia pełnej kompatybilności i spójności systemu wymienione podstawowe elementy systemu wraz z ich oprogramowaniem sterującym powinny pochodzić od jednego producenta (uwaga pod pkt 2.1.3, str. 15 siwz). Przetworniki A/D/A wymienione w pkt 2.1.3.3. stanowiły jeden z podstawowych elementów systemu opisany w pkt 2.1.3 załącznika nr 1 do siwz (opis przedmiotu zamówienia). Izba uznała, iż powoływane przez zamawiającego na rozprawie oczekiwania względem spójności systemu, w świetle treści siwz, nie mogły mieć znaczenia dla oceny zgodności oferty odwołującego z siwz. Zamawiający nie mógł oceniać oferty według kryteriów, które nie były znane wykonawcom na etapie składania ofert w postępowaniu. Izba, mając na uwadze informacje zawartą w piśmie z dnia 31.12.2010 r., uznała, iż podstawą na jakiej opierał się zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, był brak spełnienia wymagania pochodzenia podstawowych elementów systemu od jednego producenta. Okoliczność ta znalazła potwierdzenie w treści oferty odwołującego, który sam również nie zaprzeczał, iż zaoferowane przetworniki pochodzą od dwóch producentów, tj. Y oraz X. Ponieważ odwołujący powoływał się na treść

siwz dotyczącą rozwiązań równoważnych, zawartą w postanowieniach dodatkowych na str. 16 siwz, konieczne było ustalenie, czy w ramach równoważności rozwiązania konieczne było zachowanie warunku opisanego pogrubioną kursywą w punkcie 2.1.3 siwz, w przedostatnim akapicie. W ocenie Izby, wskazanie w postanowieniach końcowych na konieczność spełnienia przez systemy równoważne minimalnych parametrów technicznych określonych między innymi w pkt 2.1.3 odnosił się do całości zapisów zawartych w przywołanym punkcie siwz, a zatem również do wymagania, zaoferowania podstawowych elementów systemu pochodzących od jednego producenta. Odwołujący w swoim stanowisku pomijał tą okoliczność, skupiając się wyłącznie na ocenie zachowania parametrów technicznych urządzeń oraz funkcjonalnych systemu. Oferta odwołującego nie mogła być uznana za w pełni zgodną z treścią siwz, gdyż wykonawca zaproponował w zakresie elementów podstawowych systemu, urządzenia różnych producentów, tj. Y oraz X. W tej sytuacji rozstrzyganie o dalszych niezgodnościach podnoszonych na rozprawie przez zamawiającego było niecelowe, tym bardziej, iż okoliczności tych zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a zatem nie stanowiły podstawy czynności zamawiającego.

93. Sygn. akt: KIO 121/11, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r.

(…) Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 14.3 SIWZ zawarł postanowienie, iż kompletna oferta musi zawierać wyliczone w trzech kolejnych jednostkach redakcyjnych (literach) dokumenty. W pkt 14.3 lit. a) SIWZ zapisane zostało, iż Wykonawca ma obowiązek złożyć: ofertę – uzupełniony formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ; formularz wyceny przedmiotu zamówienia – *Wykaz płatności*, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ oraz *Wykaz cen i stawek*, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ. Odwołujący, co było okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami, składając ofertę na zadanie nr 2, pomimo ujęcia w spisie treści zawartym na pierwszej stronie tejże oferty, nie przedłożył Zamawiającego uzupełnionego *Wykazu cen i stawek*. W ocenie Zamawiającego uzasadniało to odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle obowiązujących przepisów prawa, Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do odrzucenia złożonej mu oferty m.in. w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazując na ten przepis prawa, jako na podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany jest wykazać, iż treść oferty – oświadczenia Wykonawcy zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ – jest niezgodna z treścią SIWZ – nie odpowiada w swej treści powołanemu opisowi potrzeb i wymagań Zamawiającego. Istotne jest to, iż opis ten należy rozpatrywać w kontekście merytorycznych warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany zweryfikować ocenianą ofertę pod kątem zapewniania przez nią realizacji w całości tegoż przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy świadczenie Wykonawcy, które otrzymałby w oparciu o umowę zawartą w wyniku zaakceptowania oferty tego podmiotu, odpowiadałoby swoją treścią opisowi wszystkich zachować Wykonawcy, których oczekiwał Zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia i których to opis zawarty został w treści SIWZ. Bowiem to SIWZ w swej treści określać musi w sposób wyraźny, do wykonania świadczenia, o jakiej treści, Wykonawca powinien się zobowiązać – jaką treść w swojej ofercie musi on zawrzeć, aby Zamawiający mógł uznać, iż dookreśla ona wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy w sposób dostateczny, a tym samym, żeby mógł on uznać, że treść oferty odpowiada treści SIWZ. Podobne stanowisko Izba wyraziła chociażby w wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08 lub wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 110/09. Znajduje ono odzwierciedlenie także w orzecznictwie Sądów Okręgowych: wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt VII Ga 163/09 lub wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt II Ca 1211/09.

94. Sygn. akt: KIO 145/11, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2010 r.

Niezasadnym jest również podnoszenia w zarzucie, że z tego powodu iż jedna z polis wykonawcy obowiązuje do dnia 22 listopada 2011 roku, druga natomiast do 22 grudnia 2011 roku przy terminie realizacji zadania upływającego w dniu 31 grudnia 2011 roku zamawiający może być pozbawiony możliwości zaspokojenia się z ubezpieczenia oc wykonawcy. Zgodnie z § 14 pkt 5 załączonego do siwz projektu umowy cyt. „w przypadku wygaśnięcia polisy OC w zakresie obowiązywania umowy, obowiązkiem Wykonawcy jest dostarczenie stosownej polisy na pozostał okres obowiązywania umowy, najpóźniej w dniu poprzedzającym wygaśnięcie dotychczasowej polisy". Nadto należy zaznaczyć, że żadne z postanowień siwz nie zawiera nakazu, aby złożona polisa obejmowała od razu cały okres realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, biorąc pod uwagę powyższe sformułowanie siwz, Izba stwierdza, że wykazania się przez wykonawcę posiadaniem ubezpieczenia na kwotę nie niższą niż wartość złożonych ofert miało służyć nie tyle ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, ale potwierdzeniu warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Celem tak stawianego wymogu jest, aby w przypadku zaistnienia zdarzeń (wypadków ubezpieczeniowych) wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej, wykonawca, który uzyskał zamówienie publiczne, miał źródło pokrycia straty, spowodowane koniecznością wypłaty ewentualnych odszkodowań w zakresie objętym ubezpieczeniem. Pozyskanie ubezpieczenia w tym zakresie ma na celu przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań ubezpieczonego powstałych w wyniku różnych zdarzeń, których on sam biorąc pod uwagę sytuację finansową, nie mógłby z reguły spełnić. Tym samym interes zamawiającego w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, Izba uznaje za zabezpieczony, a zarzuty w tym zakresie odwołującego za niezasadne.

95. Sygn. akt: KIO 179/11, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2011 r.

W przedmiocie drugiej z okoliczności faktycznych wskazanych jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego – braku wycenienia w kosztorysie ofertowym wykonania instalacji rurowej i armatury regulacyjnej chłodnicy – Izba wskazuje, iż w tym przypadku nie wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z powyższym brak było podstaw do zastosowania dyspozycji ww. przepisu. Zasadnicze dla oceny tego typu okoliczności było ustalenie znaczenia wymagań siwz w przedmiocie kształtu oferty warunkujących sposób opisania i wyrażenia zobowiązania wykonawcy w odniesieniu do oferowanego przedmiotu świadczenia. W świetle postanowień siwz wykonawca zobowiązywał się do wykonania całości wskazanego przedmiotu zamówienia za określoną i niezmienną cenę ryczałtową, w ramach której miał przyjąć i uwzględnić wszelkie okoliczności i koszty niezbędne do wykonania zamówienia (pkt 6 rozdz. XII siwz). Zaznaczyć przy tym należy, iż tylko część przedmiotu zamówienia zostało przez zamawiającego opisana przy wykorzystaniu przedmiaru robót, który powinien zostać odzwierciedlony w kosztorysie ofertowym. Wskazane przez zmawiającego sporządzenie oferty w formie wyceny skróconej (pkt 5 rozdz. III siwz) nie może zostać uznane za wystarczająco uszczegółowione wymaganie co do zakresu informacji podawanych odnośnie poszczególnych części zamówienia w tego typu wycenie i podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz. W takim przypadku to właściwie wykonawca decydował o szczegółowości sporządzanego przez siebie kosztorysu ofertowego (w zakresie nie objętym przedmiarem robót). Jakkolwiek nawet w przypadku ceny ryczałtowej kosztorys ofertowy może mieć znaczenie jako część oferty opisująca zakres i sposób świadczenia wykonawcy, a nie tylko materiał pomocniczy do wyliczenia ceny oferty (w zależności od postanowień siwz w tym zakresie), to jednak niezgodność oferty z siwz musi być w takim przypadku wyraźna. To znaczy wobec braku szczegółowych wymagań odnośnie kosztorysu ofertowego i informacji w nim zawartych, wykonawca musiałby np. wskazać tam materiały

(rodzaj, ilość) czy technologie sprzeczne z wymaganymi przez zmawiającego albo nie opisać rozwiązań zamiennych, pominąć całe części zamówienia, *etc*., a nie tylko opisać ich wykonanie zbyt ogólnikowo. Wobec powyższego oraz deklaracji wykonawcy, iż jego oferta obejmuje całość przedmiotu zamówienia, a w pozycji 204 kosztorysu ofertowego przyjął i wycenił całość prac i dostaw niezbędnych do zamontowania urządzenia zgodnie z wymaganiami siwz i informacjami uzyskanymi w trakcie wizji lokalnej, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż oferta wykonawcy nie obejmuje instalacji i armatury chłodnicy. Izba jeszcze raz podkreśla, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami siwz, również w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Jednakże potwierdzenie to winno odbywać się w zakresie i w sposób wyraźnie wymagany w siwz, a nie służyć do egzekwowania nominalnego przenoszenia opisu przedmiotu zamówienia do kosztorysu ofertowego, którego kształt nie został wyraźnie określony (brak przedmiarów), a do określenia i wyegzekwowania zakresu zobowiązania wykonawcy wcale nie jest to niezbędne. Ponadto ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy przesądzający o objęciu ceną ofertową całości zakresu zamówienia może w przypadku niejasności kosztorysu ofertowego, posłużyć jako okoliczność czy wskazówka interpretacyjna wskazująca na zupełność i kompletność zakresu świadczenia wyrażonego w ofercie.

96. Sygn. akt: KIO 297/11, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r.

Użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty" i „treść siwz" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielnie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ 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. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

97. Sygn. akt: V Ca XXIII GA 155/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 marca 2010 r.

Rozstrzygnięcie KIO zawarte w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. jest prawidłowe i Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia i ocenę prawną, przedstawioną, w jego uzasadnieniu. Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy, przez przyjęcie, że Zamawiający nie postawił w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, dotyczących przedstawienia dowodu wykupienia polisy ubezpieczeniowej oraz wykazania przez wykonawców potencjału osobowego niezbędnego do wykonania zamówienia, KIO dokonała właściwej interpretacji SIWZ. Analiza wymogów tam przedstawionych, a odnoszących się do zobowiązania wykonawcy do zawarcia na czas wykonywania umowy – tj. od dnia 01.01.2010 r., do dnia 31.12.2010 r. – polisy ubezpieczeniowej o wartości nie mniejszej niż 2.000,000,00 zł potwierdzającej jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy i dołączenia druku stanowiącego dowód wykupienia polisy OC (lub potwierdzonej kopii), była prawidłowa. Rzecz jasna, że z treści SIWZ nie wynika, aby wykonawca został zobowiązany do wykazania zawarcia, już w chwili składania oferty, polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie

czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy obejmującej okres od 1.01.2010 do 31.12.2010 r. Wykładania gramatyczna i celowościowa omawianego wymogu nie daje żadnych podstaw do takiego wniosku. Jego treść prowadzi natomiast do wniosku, że nie sposób wymagać od wykonawcy przedstawienia wykupienia polisy ubezpieczeniowej obejmującej przyszły okres, kiedy ten ostatni nie ma pewności, że dojdzie do zawarcia umowy nią objętej. Wystarczające było zatem dla spełnienia omawianego wymogu załączenie przez X polisy Towarzystwa Ubezpieczeń (…); obejmującej okres od 15.03.2009 r. do 14.03.2010 r. W ocenie Sądu Okręgowego należało uznać, że za druk stanowiący dowód wykupienia polisy OC można byłoby uznać samą polisę. KIO ustaliła, że X dołączyła trzy potwierdzenia wykonania przelewu tytułem płatności trzech rat składek od polisy ubezpieczeniowej OC datowanych na 26.03.2009 r. i 17.06.2009 r. i 14.09.2009 r. To także dawało podstawy do przyjęcia, że wykonawca wykazał fakt wykupienia omawianej polisy OC. Jednocześnie prezes spółki X przedstawił zobowiązanie do przedłużenia tej polisy, w przypadku zawarcia z nim umowy dotyczącej realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, na okres trwania umowy, tj. do dnia 21.12.2010 r. Z tych względów należało uznać, że wykonawca spełnił wymogi SIWZ dotyczące zobowiązania się do zawarcia na czas wykonywania umowy polisy ubezpieczeniowej o wartości nie mniejszej niż. 2.000.000,00 zł potwierdzającej jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy.

98. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r.

Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez przyjęcie przez KIO, że oferta skarżących nie zawiera powierzchni zabudowy oraz danych do ustalenia wielkości kubatury. W tym zakresie Sąd Okręgowy przyjmuje za prawidłową ocenę zawartą w uzasadnieniu wyroku KIO. Zgodnie z wymaganiami SIWZ część opisowa koncepcji ofertowej powinna zawierać między innymi ppkt „d" – „zestawienie powierzchni zabudowy" oraz ppkt „f" — obliczenie kubatury". Nie ulega wątpliwości, że oferta nie zawierała obliczenia kubatury. Nie spełnia wymogów SIWZ wskazanie danych do obliczenia kubatury, zamiast prezentacji takich obliczeń. Nie ma znaczenia dla oceny oferty (braku w tym zakresie), jak skomplikowane działania rachunkowe musiałby wykonać zamawiający, aby z danych zawartych w ofercie uzyskać pożądane informacje. Sąd podziela również wykładnię, że określenie SIWZ „oferta powinna zawierać" oznacza, iż w ofercie wykonawcy muszą znaleźć się wymagane przez zamawiającego dane i informacje podlegające ocenie. Nie spełnia również wymogów SIWZ wskazanie w części graficznej (na rzutach) powierzchni zabudowy. Zdaniem Sądu w części opisowej oferty wykonawca miał obowiązek umieścić dane dotyczące powierzchni. Zasadny jest pogląd KIO, że jedynie tabelaryczne zestawienie takich danych stanowić może wymóg formalny.

99. Sygn. akt: VI Ga 48/10, Wyrok SO w Legnicy z dnia 10 maja 2010 r.

Zasadnie wywodzą skarżący, że harmonogram rzeczowo-finansowy zwykle jest ważnym elementem oferty i ma znaczenie dla zamawiającego, szczególnie gdy poszczególne etapy robót mają być rozliczane etapami i środki na finansowanie zamówienia mają być sukcesywnie pozyskiwane. Jednakowoż każdorazowo charakter tego typu dokumentów powinien być badany w kontekście konkretnego zamówienia i ustalonych do niego warunków zawartych w SlWZ. W sprawie zamawiający zamieścił wzór wykazu odbioru i płatności, przy czym w czasie negocjacji poinformował wykonawców o znaczeniu tego dokumentu. Wskazał mianowicie, że kwoty w nim ujęte nie będą mogły być przemieszczane pomiędzy pozycjami, a jedynie uszczegóławiane w ramach danej pozycji. Wynika z tego jasno, że istotne znaczenie miała, wartość poszczególnych etapów robót co jest uzasadniane zamierzonym sukcesywnym rozliczeniem prac i koniecznością wcześniejszego zaplanowania wydatków z tym związanych. W tym zakresie przedstawiony przez Spółkę X wykaz odbiorów i płatności spełnia stawiane

temu dokumentowi wymogu. Zamawiający dokonał oceny wskazanych przez tego wykonawcę terminów odbioru. Skoro je zaakceptował, to dokładna analiza dat nie jest zdaniem Sądu obecnie konieczna. Tym bardziej, że ich uszczegółowienie miało nastąpić w trakcie realizacji umowy, co wynika wprost z zapisów PFU. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała też prawidłowej oceny harmonogramy realizacji robót. Zamawiający w SlWZ nie wskazał żadnych danych dotyczących formy graficznej (oprócz ogólnego sformułowania, że ma to być wykres Gantta) ani dokładności harmonogramu realizacji prac, który miał zostać dołączony do oferty. Nie określił też wagi tego dokumentu. Dowody zgromadzone w sprawie pozwalają na uznanie, że omawiany dokument miał stanowić projekt załącznika do umowy. Zamawiający z góry o tym przesądził używając sformułowania „wstępny". Ocenę taką potwierdza również fakt, że ostateczne sformułowanie harmonogramu miało nastąpić dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Jasno wskazuje na to zapis pkt 5.1.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zgodnie z którym w ramach realizacji umowy wykonawca miał opracować kompletną dokumentacje m.in. harmonogram prac. Słusznie więc Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że dokument ten nie miał charakteru stanowczego. Stąd niespójności harmonogramu i jego upuszczenie nie mogły skutkować uznaniem sprzeczności oferty Spółki X z SlWZ.

100. Sygn. akt: IX Ga 167/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 30 czerwca 2010 r.

Niedopuszczalne jest zaakceptowanie oferty nie spełniającej wymogów z założeniem dokonania korekty zaraz po podpisaniu umowy. Byłoby to oczywiste obejście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Korekta taka dopuszczalna byłaby tylko na skutek okoliczności powstałych po wyborze oferty i podpisaniu umowy z przyczyn określonych w SIWZ i wzorze umowy. Skoro Izba stoi na stanowisku, że harmonogram rzeczowo-finansowy ma charakter dokumentu merytorycznego, który nie podlega uzupełnieniu, ani poprawie, to konsekwentnie zatem powinna stwierdzić, że oferta konsorcjum (…) wymogów zamawiającego nie spełnia. Stwierdzić zatem należy, iż zamawiający dokonał wyboru oferty, która winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

101. Sygn. akt: X Ga 176/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 28 września 2010 r.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że wobec braku wskazania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymogów dotyczących grubości ścian rur objętych zadaniem 3 i 4, odrzucenie oferty uczestnika w tym zakresie, z powołaniem się na zmianę dokumentacji i zaoferowanie rur o zbyt małej w stosunku do wymaganej grubości ścianki jest bezpodstawne. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że w załączniku nr 3 – pakiet 3 i 4 SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia przy określeniu żądanego materiału znajdują się jedynie wymogi dotyczące średnicy, długości i ciśnienia rur, a nie grubości ścianek. Z powyższych przyczyn należało uznać, że oferta odwołującego w tej części nie była sprzeczna z SIWZ, stąd też jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było nieuprawnione, a wszelkie zarzuty skarżącego w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie. (…) Po pierwsze trafnie zauważyła Izba, że oceny zgodności oferty z przedmiotem zamówienia należało dokonać na podstawie dokumentów dołączonych do niej. Wymagane dokumenty (w tym DTR) przedłożono w komplecie tak więc późniejsze wątpliwości zamawiającego, które pojawiły się w związku z interpretacją DTR nr 3/2010 nie powinny były mieć decydującego wpływu na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty, a najwyżej spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej rozbieżności. Temu, w ocenie Sądu Okręgowego, należycie uczynił zadość uczestnik, przedstawiając pisma X. z 18 maja 2010 roku oraz 8 czerwca 2010 roku. Wynika z nich, że wprawdzie zapisy zawarte w tablicy 1 zamieszczonej na stronie 4 DTR 3/2010 dotyczące minimalnej grubości ścianek rur są inne od tych zawartych w tablicy 1 z DTR 1/2007 i DTR 2/2007, niemniej jednak, różnica wynika z innego sposobu zapisu, bardziej poprawnego z technicznego punktu widzenia. W tablicach DTR 1/2007 i DTR 2/2007 podano grubości ścianek, które mogą być zmniejszone o 25% w ramach przyjętej tolerancji do wartości mini-

malnej grubości ścianek, natomiast w tablicy nr 1 DTR 3/2010 podaje się wprost minimalną grubość ścianki z tolerancją na plus. Zakres grubości ścianek podanych w tablicy DTR 3/2010 mieści się w zakresie podanym w tablicach DTR 1/2007 i DTR 2/2007 – podane wartości są w tym względzie równoważne. Grubością ścianki, której nie wolno obniżyć jest jej wartość minimalna. Wartości maksymalne nie muszą być ściśle określone w DTR i mają charakter informacyjny zależą od wymagań zamawiającego i mogą również przekraczać deklarowane wartości. Reasumując, podane w tabelach wartości dotyczące ścianek rur oznaczają jedynie minimalną i potencjalnie maksymalną ich grubość. Nie są to konkretne wartości, a jedynie przedział grubości ścianek oferowanych przez uczestnika rur. Wbrew zarzutom skarżącego, odpowiada on również specyfikacji materiału zawartej w załączniku nr 2 – Pakiet 2 SIWZ.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

102. Sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

Na aprobatę zasługuje pogląd wyrażony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2011 r., iż ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do dokonywania ustaleń, czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – brak jest w tym zakresie regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (podobnie: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10). Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia oferty ma charakter zamknięty, co determinuje zakaz dokonywanie rozszerzającej interpretacji przepisów statuujących te przesłanki. Niedopuszczalne jest stosowanie *analogii legis* w ten sposób, że utworzona zostanie nowa przesłanka o restrykcyjnym, sanacyjnym charakterze. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści nie narażając się na zarzut dowolności stosowania wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej (vide: wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10). Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ustalać, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków. Przedstawiona argumentacja, biorąc także pod uwagę art. 179 ust. 1 ustawy, z którego wynika, że środki ochrony prawnej przysługują, gdy podstawą do ich wniesienia jest naruszenie ustawy, Izba nie jest kompetentna do orzekania, czy złożenie wniosku w przetargu ograniczonym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, co wynika również wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 14 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 formułującym zasadę zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji stanowiąc dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana w każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy. Jak słusznie zauważono w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10) normy zawarte w art. 7 Pzp adresowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzulę generalną adresowaną do zachowań przewidzianych wyłącznie w ustawie. Art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań wynikających z ustawy. Zatem nie jest także samodzielną podstawą pozwalającą stosować do wniosków złożonych przez wykonawców UZNK. Odwołanie do ustawy szczególnej w odniesieniu do czynności podejmowanych m.in. przez wykonawców i zamawiającego musi wyni-

kać wprost z przepisu ustawy – przykładowo art. 14, art. 89 ust. 3 Pzp, art. 8 ust. 3 ustawy. Powyższe potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania, czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) i ewentualnie wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającej konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania. W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej uregulowanych w UZNK przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy – art. 17 pkt 43 kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się zasadniczo więc do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp).

103. Sygn. akt: KIO 39/11, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez X Sp. z o.o., a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. Izba wskazuje, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów, bowiem *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* [na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza]. Zgodnie z art. 14 ustawy w związku z art. 6 KC – 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. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją (porównaj:. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r. sygn. akt I ACa 231/07). Izba podnosi, że Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do wykazywania, że złożenie oferty przez wykonawcę Y Sp. z o.o. z ceną 2 752,32 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym należy zatem uznać, że nie wykazał Od-

wołujący zaistnienia przesłanek niezbędnych dla przyjęcia, iż złożenie oferty przez wykonawcę Y Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

104. Sygn. akt: VI Ca 232/10/10, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 19 maja 2010 r.

(…) należy rozważyć czy w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez uczestnika postępowania Waldemara S. a oraz spółkę jawną działającą pod firmą Y, której wspólnikiem jest Waldemar S. Należy się w pełni zgodzić ze stwierdzeniami KIO, że z formalnego punktu widzenia osoba fizyczna Waldemar S. prowadząca działalność gospodarczą jest odrębnym byłem prawnym od mającej zdolność da czynności prawnych spółki jawnej, której wspólnikiem jest Waldemar S. Jednakże w świetle cytowanych wyżej przepisów dotyczących spółki jawnej i poglądów doktryny oraz orzecznictwo dotyczącego statutu wspólników w spółkach osobowych, należy uznać że nie sposób oderwać podmiotu – spółki osobowej od jej substratu osobowego, złożonego ze wspólników. (H. Mądrzak – Pozycja osobowych spółek handlowych. Studia i materiały – Poznań 2001). W niniejszej sprawie treść oferty złożonej przez osobę fizyczną przedsiębiorcę Pana Waldemara S. oraz treść oferty złożonej przez Spółkę jawną w ramach, której działa Pan S. były w znaczeniu materialno prawnym przejawem woli tej samej osoby fizycznej. Zatem, jak słusznie stwierdza skarżący, dwie formalnie oferty w znaczeniu materialna prawnym i faktycznym, stanowiły w istocie przejaw woli jednego podmiotu. Na rozprawie przed KIO Pan Waldemar S. przyznał w zasadzie powyższe, stwierdzając, że w oczywisty sposób niemożliwe było stworzenie barier informacyjnych między osobą fizyczną p. S., a spółką jawną, której jest wspólnikiem. Działanie takie, jak słusznie zarzuca skarżący, było typowym i oczywistym działaniem naruszającym zasadę równości, a także dobre obyczaje, X S. zyskiwała oczywistą przewagę nad konkurentami gdyż znała treść, innej w teoretycznym założeniu konkurencyjnej oferty. Niezrozumiałe w tej sytuacji są stwierdzenia, że art. 86 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych [*ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*] jest skierowany tylko do zamawiającego. To oczywiście zamawiający ma stać na straży poufności ofert, nie znaczy to jednak, aby dozwolone były działania uczestników przetargu zmierzające do poznania przed formalnym, jawnym otwarciem ofert oferty konkurenta. Działanie takie pozwala na stosowne ukształtowanie własnej oferty i w oczywisty sposób, pozwolą wpłynąć na wynik przetargu. Stanowi oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych zasady równości i zasady konkurencyjności. Zasada równości ma polegać bowiem także na równym dostępie wszystkich uczestników do wszelkich informacji dotyczących przetargu. W poglądach doktryny przyjmie się, że niedopuszczalne są, jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywiste manipulację przebiegiem postępowania przetargowego. (A. Sołtysińska – Europejskie Prawo Zamówień Publicznych – komentarz/ Zakamycze 2006). Zwłaszcza w świetle cytowanego wyżej art. 94 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych, gdy podmiot, którego oferta została wybrana może uchylić się od zawarcia umowy, a wówczas umowa może zostać zawarta bez ponownego badania ofert z kolejnym wykonawcą. Reasumując działania uczestników przetargu X i Y stanowiły obejście prawa w rozumieniu art. 58 kc, podmioty te bowiem złożyły formalnie dwie oddzielne oferty w postępowaniu przetargowym, która to czynność jednak zawierała jedynie pozór zgodności z ustawą o zamówieniach publicznych, pozwalającej na złożenie jednej oferty przez jednego wykonawcę, gdyż w sensie materialno prawnym z uwagi na specyficzny status wspólnika spółki jawnej, wystąpiła tożsamość podmiotu składającego oświadczenie woli. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, a także dobami obyczajami, rozumianymi jako działanie w ramach rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa. Zatem złożenie przedmiotowych ofert stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oferty te z mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 zamawiający winien odrzucić.

105. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r.

Obszerne rozważania KIO w zakresie rozumienia art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy w całości podziela i uznaje za własne. W szczególności trafne jest to stanowisko, że oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom oraz, że cena została podana poniżej kosztów wytworzenia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

106. Sygn. akt: KIO 235/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. (...) W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. (…) W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców. (…) Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się zamawiającemu nieuzasadnione mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest. Zaś, skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi prowadzić, zgodnie z 6 k.c., do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

107. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r.

Wybrany wykonawca wskazał, iż kalkulował cenę z godzinnym zyskiem, a uzasadnił to faktem, iż kalkulując cenę oferty uwzględnił, że w ramach Konsorcjum posiada własny park wagonowy oraz zasoby ludzkie, które będą zaangażowane na ograniczonym terenie. Argu-

mentacja ta wskazuje, że po stronie wybranego wykonawcy istniały okoliczności pozwalające na ustalenie ceny oferty w wysokości niższej niż cena pozostałych uczestników przetargu. Skoro w przedmiotowym zamówieniu ruch taboru odbywać się ma zasadniczo w obiegu zamkniętym między bocznicą Ruch I i Ruch II to trafnie KIO uznała, iż dokumenty zawnioskowane w postępowaniu odwoławczym w tym taryfy kolejowe wskazujące na stosowane ceny w odmiennych warunkach (obieg otwarty, tabor dzierżawiony) nie mogą stanowić dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny. Trafnie też Izba wskazała, iż wybraną ofertę złożyło Konsorcjum, a zatem należy badać potencjał całego Konsorcjum. Wewnętrzne zasady rozliczeń pomiędzy uczestnikami Konsorcjum nie są przedmiotem badania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawidłowo też wskazała Izba, iż zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania cen jednostkowych składających się na całkowitą cenę oferty. Skoro jedynym kryterium wyboru ofert była cena to stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp należało ją odnieść do całości przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

108. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko prawne wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż przewidziany przez statut spółki z ograniczoną odpowiedzialnością X obowiązek podjęcia uchwały w razie udzielenia pełnomocnictwa przez zarząd spółki jest skierowany do organów spółki i wywiera skutek w wewnętrznych relacjach tej spółki, nie wywołuje natomiast sutków w stosunku do osób trzecich. Pełnomocnictwo udzielone pracownikowi spółki składającemu ofertę w jej imieniu zostało udzielone zgodnie z reprezentacją statutową, która jednocześnie nie narusza zasad kodeksu spółek handlowych. Ważność tego pełnomocnictwa musi odpowiadać nie tyle terminowi podpisania dokumentu, ile jego złożenia, gdyż złożenie oferty wywiera skutek prawny nie chwili podpisania dokumentu, ale jego przekazania (złożenia oświadczenia woli) adresatowi (art. 61 kc).

Art. 90 ust. 1 i 2

109. Sygn. akt: KIO 2715/10, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r.

Jeżeli w toku oceny ofert zamawiający ustali, iż dana oferta zawiera cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jednocześnie – co trzeba podkreślić – brak jest uniwersalnego, arytmetycznego kryterium, mogącego stanowić wskazówkę, iż oferta może zawierać rażąco niską cenę, jeżeli kształtuje się poniżej pewnego poziomu (np. jest tańsza o więcej niż 40% czy 50% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo niższa o tyleż samo od wartości szacunkowej zamówienia). W ocenie Izby z pewnością ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w porównywalnych warunkach gospodarczych. Na kalkulacje ceny oferty mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze charakterystyczne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Uwzględniwszy powyższe weryfikacja, czy na gruncie konkretnej sprawy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, wymaga analizy całokształtu okoliczności danego przypadku, zważywszy w szczególności doniosłe konsekwencji stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc zachować należytą staranność w celu ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, natomiast wykonawca powinien, składając wyjaśnienia w trybie art. 90, przedstawić uwarunkowania, które umożliwiły mu zaoferowanie określonej ceny

za realizacją danego przedmiotu zamówienia. Wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Istotnym dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego przez Izbę odwołania jest, iż pod kątem rażącego zaniżenia można oceniać jedynie cenę oferty. Nawet jeżeli poszczególne ceny jednostkowe wydają się być za niskie, ale cena ostateczna nie odbiega znacząco od rynkowych, nie można postawić wykonawcy zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niska cenę. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XIX Ga 128/08). Podobne wnioski płyną z postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 2194/05). Sąd słusznie w nim argumentował, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty". (…) Nie można wykluczyć, iż na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w szczególności gdy realizacja zamówienia oparta będzie wyłącznie na cenach jednostkowych zasadnym będzie zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska, jednak uzasadnienia takiego brak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Adresowane do wykonawcy wystąpienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy.

110. Sygn. akt: KIO 246/11, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne i nie pozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Podzielono w tym zakresie ocenę wyrażoną przez Zamawiającego. Za takim wnioskiem przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do nieskonkretyzowanych okoliczności, a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie, a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez Odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności [swego rodzaju oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. wynajmu kontenerów, zakupu usług internetowych telefonicznych, zakupu komputerów, oprogramowania, środków transportu] przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Zwrócić trzeba uwagę, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie posiada stopień zorganizowania, zasoby, które również znajdowały odzwierciedlenie w cenach zaoferowanych w postępowaniu. Wyjaśnienia Odwołującego, z uwagi na ich ogólny charakter, nie pozwalają zatem stwierdzić powodów, dla których cena Jego oferty tak dalece odbiega od ofert innych wykonawców [przy ogólnej, znacznej rozpiętości cen zaoferowanych w postępowaniu], jak również, jak tę cenę skalkulowano. Istotnie, jak trafnie dostrzegł Zamawiający, część tych wyjaśnień [co dotyczy zawartych w pkt 6, 8 11 i 12 wyjaśnień] w ogóle nie tłumaczy kwestii ustalenia ceny, a zawiera wyjaśnienie motywacji ubiegania się o zamówienie, takie jak dobieganie końca aktualnych przedsięwzięć i potrzeba „zagospodarowania" zasobów ludzkich, chęć uzyskania nowego doświadczenia oraz podniesienia prestiżu firmy, wskazuje na ogólne doświadczenie firmy i dobrą znajomość strony technicznej przedsięwzięcia, a także uwzględnienie konkurencji panującej na rynku. (…) Na podstawie wyjaśnień Odwołującego złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób ustalić jakiego rodzaju koszty i nakłady skalkulowano w cenie – a w konsekwencji – czy cena ma charakter rynkowy. Nie może tych wyjaśnień zastąpić zamieszczona dopiero w odwołaniu szczegółowa kalkulacja. Zasadą jest bowiem, że wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składane są do Zamawiającego w terminie wskazanym w wezwaniu. Uznanie za dopuszczalne zastąpienie przedmiotowych wyjaśnień odwołaniem, którym zostanie zaprezentowany właściwy mechanizm kalkulacji ceny wraz z jej elementami,

stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Odwołanie nie może bowiem stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – stanowi ono środek ochrony prawnej, zmierzający w tym wypadku do kontroli poprawności czynności Zamawiającego, to jest oceny tych wyjaśnień a w konsekwencji – decyzji o odrzuceniu oferty.

111. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 188 ust. 6, art. 188 ust. 7 ustawy PZP [*aktualnie art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp – przyp. red.*] poprzez bezzasadne przyjęcie za udowodnione twierdzenia pełnomocnika zamawiającego, że szacunkowa wartość zamówienia została powiększona o wartość dodatkowej rezerwy finansowej, przez co nie można stwierdzić, że cena zaoferowana przez X jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Skarżący argumentował w uzasadnieniu skargi, że szacunkowa wartość zamówienia jest kwotą gwarantowaną, którą zamawiający musi zapewnić w swoim planie finansowym i nie ma mowy o powiększaniu jej o dodatkowe rezerwy finansowe. Z powyższego wynika, że skarżący twierdzi, iż szacunkowa wartość zamówienia (166 000 000 zł) nie została przeszacowana, jak przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza za twierdzeniami zmawiającego. Z tego faktu wywodzi skarżący, że ceny zaproponowane przez X i Y były rażąco zaniżone w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego słusznie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że szacunkowa wartość zamówienia została zawyżona. Do takiego wniosku wcale nie prowadzi jednak twierdzenie zamawiającego, ale zestawienie zaoferowanych cen Z 132 585 940 zł (k. 10 oferty Z), Y 111 013 900 zł (k. 7 oferty Y) i X 100 287 660 zł (k. 5 oferty X). Porównywanie zatem wszystkich zaoferowanych cen, w tym skarżącego, wskazuje jednoznacznie, że szacunkowa wartość zamówienia została faktycznie przeszacowana (zawyżona). Gdyby bowiem przyjąć, że było inaczej to wówczas nawet oferta Z wydawałaby się zaniżona w stosunku do wskazanej przez zamawiającego wartości zamówienia. W związku z tym ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie są prawidłowe. Całkowicie bezzasadny jest także ostatni z zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie art. 188 ust. 7 [*aktualnie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp – przyp. red.*] poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o dopuszczenie dowodu z raportu Najwyższej Izby Kontroli z działalności X na rynku przewozów krajowych i międzynarodowych na okoliczność, że stan finansów spółki X nie pozwala na stosowanie cen zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i oparciu się w tej kwestii jedynie na twierdzeniach zamawiającego. Na wstępie zależy rozróżnić kwestię stanu finansów konkretnego podmiotu i kwestię dochodowości danego przedsięwzięcia. Fakt, że dany podmiot ponosi stratę w danym roku obrotowym nie może bowiem świadczyć automatycznie o braku dochodów z konkretnego zamówienia, gdyż o ostatecznym wyniku finansowym (zysku lub starcie) decyduje całokształt działalności. Wyciąganie konsekwencji o opłacalności zamówienia ze stanu finansów danego podmiotu jest całkowitym nieporozumieniem. Może się bowiem okazać, że z konkretnego zamówienia przynosi dochód lecz pozostała działalność generuje skutkiem czego wystąpi mimo wszystko ujemny wynik finansowy danego podmiotu. W związku z tym Krajowa Izba Odwoławcza słusznie nie uwzględniła wniosku dowodowego skarżącego o przeprowadzenie dowodu z raportu NIK. Powyższe okoliczności uzasadniają również oddalenie wniosku dowodowego Sądu Okręgowego, gdyż stan finansów X nie stanowi dowodu na okoliczność zastosowania cen w przedmiotowym zamówieniu. (…) Przechodząc do kolejnego zarzutu skarżący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez nie odrzucenie oferty X, która zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła, że cena zaproponowana przez X nie jest rażąco niska. W tym miejscu należy odwołać się do wyżej poczynionych ustaleń i przypomnieć, że wartość szacunkowa zamówienia została przeszacowana (zawyżona), o czym świadczą ceny zaoferowane przez wszystkich

wykonawców. Okoliczność ta zdaniem Sądu przemawia za przyjęciem, że cena zaoferowana przez X jest niska lecz nie rażąco niska. Jak wynika z zestawienia oferty X z Y jest ona niższa jedynie o ok. 10%, a w stosunku do oferty Z o ok. 30%, a to nie pozwala uznać, że cena jest rażąco niska tym bardziej jeżeli weźmie się pod uwagę przedmiot zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego wyjaśnienia X złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP uzasadniają przyjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż cena zaoferowana przez wykonawcę nie była rażąco niska. Przede wszystkim należy zauważyć, że X w tych wyjaśnieniach wskazano, iż na wysokość ceny wpłynęły okoliczności związane samym zamówieniem. Wyjaśnił, że zaoferowanie tak niskiej ceny było związane z wielkością zamówienia, czasem trwania umowy i stosowaniem zwykłych składów. O wielkości tego zamówienia świadczy fakt, że stanowi ono niemal połowę zamówień wykonywanych z lat 2006-2008 kiedy to dostarczał węgiel do trzech kopalni. W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał za zasadny argument, że tak duże zamówienie pozwalało zastosować niższą konkurencyjną, ale i dochodową cenę (efekt popytu). Okoliczności te wprawdzie odnoszą się do wszystkich wykonawców, ale uzasadniają niższą cenę w stosunku do innych zamówień. Nie bez znaczenia jest również doświadczenie X w realizacji tego typu zamówień. Wobec bezzasadności zarzutu rażąco niskiej ceny, nie było możliwości odrzucenia oferty X z tego powodu.

112. Sygn. akt: XIX Ga 230/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 czerwca 2010 r.

W przedmiotowej sprawie jedynym kryterium oceny ofert była cena 100%. Należy zgodzić się zarówno ze stanowiskiem KIO, jak i stanowiskiem zamawiającego, że uznanie ceny oferty przystępującego jako rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) wymaga odniesienia do wartości zamówienia według oszacowania dokonanego przez zamawiającego. Nie można jednak przyjmować, że różnice powstałe w wyniku porównania ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców stanowią przesłankę do ustalenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków. kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania, sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. Obowiązek złożenia wyjaśnień i dowodów odnośnie ceny zachodzi wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska. Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

113. Sygn. akt: V Ga 122/10, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r.

Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia. Pytanie do wykonawcy powinno więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień.

Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiać musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Tymczasem treść pisma z dnia 22 lipca 2010 r. jest ogólnikowa i daje olbrzymie możliwości wykorzystania przeciwko oferentom. Zamawiający nie wskazuje, jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Podnosi jedynie, iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej i, że będzie brał pod uwagę obiektywne przesłanki, powołując się wprost na treść przepisu. Tym samym nie miał podstawy do domagania się, by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. W ocenie Sądu wykonawca ustosunkował się do wezwania z dnia 22 lipca 2010 r. Co prawda pismo zawiera ogólne stwierdzenia lecz stanowi odpowiedź na poruszone w wezwaniu zagadnienia. Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. (…) Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy, oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być podstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (Wyrok z dnia 16 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 483/10 LEX nr 582409). Komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów, a nie tylko wyjaśnień, które mają charakter pomocniczy.

114. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r.

Podnosząc zarzut naruszenia przez KIO zasady rozłożenia ciężaru dowodu Zamawiający twierdzi, że w sprawie nie było żadnych przesłanek uzasadniających powzięcie jakichkolwiek wątpliwości co do zdolności wykonania przedmiotu zamówienia przez wybranego wykonawcę za zaproponowaną cenę. Pozostaje to jednak w sprzeczności z działaniami tegoż Zamawiającego poprzedzającymi wybór najkorzystniejszej oferty. Pismem z dnia 1.09.2010 r. L. dz. 7209/10 Zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy PZP, zwrócił się do Wykonawcy wiodącego w konsorcjum o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując w treści pisma, że cena z tej oferty wywołuje wątpliwości Zamawiającego jako, że odbiega znacząco od ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę i istnieje podejrzenie, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Kryterium, na jakie powołał się zamawiający w tym piśmie – porównanie ceny z tej oferty z ceną innej oferty uznać należy za prawidłowe w przeciwieństwie do kryteriów wskazanych w uzasadnieniu skargi (odwołanie się do wartości wykonanej usługi przywołanej przez jednego z oferentów celem wykazania własnego doświadczenia). Skoro zaś zamawiający, występując z tym zapytaniem zastosował procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp to, jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu swego wyroku, stworzyło to domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę i stosownie do zasad rozłożenia ciężaru dowodu to na Wykonawcy spoczywał obowiązek dowodowy obalenia tego domniemania, poprzez złożenie szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Zauważyć przy tym należy, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził pojęcie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem trafny jest pogląd Izby, że nieuprawnionym jest odwołanie się przez zamawiającego w trakcie weryfikacji, czy złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny nie do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, a do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć w 2010 r. na przedmiot zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien racjonalnie wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny

i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na to obniżenie ceny. Zamawiający, oceniając natomiast merytorycznie złożone wyjaśnienia wykonawcy winien uwzględnić czynniki i uwarunkowania o obiektywnym charakterze wpływające na ukształtowanie ceny. W przedmiotowym przypadku natomiast, jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, wybrany Wykonawca powołał się na czynniki, które odnoszą się do wszystkich wykonawców profesjonalnie działających na rynku – na to, że dokumentacja będzie wykonana na podstawie opracowanej już koncepcji, co pozwoli na skrócenie czasu prac projektowych. Z tej koncepcji jednak mogli korzystać wszyscy wykonawcy. Druga z powoływanych w wyjaśnieniu okoliczności także nie może być uznana za wystarczającą. Wykonawca podniósł bowiem, że rzeczywiste koszty jego zespołu są niższe niż w innych jednostkach projektowych, bo dysponują wysoko wykwalifikowaną kadrą projektową, doświadczeniem w realizacji tego typu obiektów i najnowocześniejszymi systemami komputerowego wspomagania projektowego. Wyjaśnienia te jako zbyt ogólne, nie pozwalają na zweryfikowanie, czy cena z oferty jest rzetelna. Także twierdzenie zamawiającego, że wyjaśnienia te oceniał w oparciu o rozeznanie rynku jest gołosłowne i nie przekonywujące.

Art. 91 ust. 1

115. Sygn. akt: KIO 290/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r.

(…) zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Innymi słowy, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy.

116. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r.

Zamawiający zatem przyjął dwa kryteria oferty: cenę i zawartość merytoryczną. Wedle tego też podziału należało dokonać oceny ofert w postępowaniu przetargowym. Sąd Okręgowy nie zgadza się z zaprezentowanym przez KIO poglądem, że Zamawiający miał obowiązek wskazania wyników głosowania poszczególnych członków komisji przetargowej w ramach tzw. „podkryterium". Jak już to wcześniej stwierdzono ocenie podlegają poszczególne kryteria, a ich suma tych ocen składa się na ocenę całej oferty. Skoro Zamawiający wskazał dwa kryteria, toteż każde z nich podlega ocenie. Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty" jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, chodź oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania poszczególnych elementów składających się na określone kryterium. (…) Na końcu tej części wywodów koniecznym jest zaakcentowanie, że „kryterium merytoryczne" oceny oferty ma charakter uznaniowy, aczkolwiek – co trzeba z naciskiem podkreślić, nie może prowadzić to do dowolności wyboru ofert. Ramy tej oceny wyznaczają omówione powyżej normy ustanowione w art. 2 pkt 5 i art. 91 p.z.p. Twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu odnośnie zawartości merytorycznej oferty Skarżącego są jedynie polemiką z ustaleniami dokonanymi przez Zamawiającego. Nie zawierają przekonywującego twierdzenia o zawyżeniu oceny tej oferty i de facto koncentrują się wokół przeanalizowanej już kwestii związanej z oceną „podkryteriów" merytorycznej zawartości oferty.

Art. 91 ust. 2

117. Sygn. akt: KIO 120/11, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2011 r.

Odnoszą się do zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania, a dotyczącego sposobu oceny w podkryterium, odnoszącym się do kryterium właściwości techniczno-eksploatacyjnych w zakresie konstrukcji szkieletu nadwozia (pkt 16.1.2 Lp. 1 SIWZ) Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący wywodził, że premiowana w ramach tego podkryterium (max. 15 pkt) metoda kataforezy jest metodą gorszą lub co najmniej równorzędną metodzie stali nierdzewnej odpornej na korozję, dla której przewidziano mniejszą ilość punktów (5 pkt). Na potwierdzenie powyższego przedłożył ofertę złożoną w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez firmę (…). W ofercie tej na str. 4 firma (…) wskazuje na porównywalność tych dwóch metod. Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdziła, że opisane podkryterium nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w ramach podkryterium preferuje metodę kataforezy dla celów wyboru produktu, który ma najlepsze zabezpieczenie konstrukcyjne szkieletu nadwozia. Zamawiający wywodził skuteczność metody kataforezy dla tych właśnie celów, biorąc pod uwagę własne doświadczenia praktyczne w tym przedmiocie związane z eksploatacją pojazdów (przedstawiono dowody na potwierdzenie pewnej wadliwości produktów, gdzie konstrukcja szkieletu nadwozia została wykonana ze stali odpornej na korozję, a nie przy zastosowaniu metody kataforezy). Odwołujący natomiast wskazywał na nieskuteczność tej metody wyłącznie w innym kontekście, tj. odporności na korozję stali, z której wykonano nadwozie. Argumentacja Odwołującego jest zupełnie nieadekwatna do treści opisanego przez Zamawiającego podkryterium, w którym wyraźnie zwraca on uwagę na konstrukcję szkieletu nadwozia w kontekście jego wytrzymałości, a nie wprost i wyłącznie – odporności na korozję. Jeśli zatem te cechy były istotne dla Zamawiającego z punktu widzenia oceny ofert, a nie cechy korozyjności, argumentacja Odwołującego w tym zakresie pozostaje autonomiczna do uzasadnienia podanego przez Zamawiającego. Sam Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że obydwie metody – ta preferowana ilością punktów przez Zamawiającego i ta z mniejszą ilością punktów – są równorzędne, nie dowodząc jednocześnie, w jaki sposób owo podkryterium stanowi o ograniczeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Okoliczność, iż jakiś wykonawca korzysta z innych metod wykonywania i zabezpieczenia konstrukcji szkieletu nadwozia niż preferowane przez Zamawiającego nie może stanowić o naruszeniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w niniejszym przypadku wykazał w dostateczny sposób przydatność preferowanej przez siebie metody kataforezy, zaś Odwołujący do przywołanych argumentów Zamawiającego zasadniczo nie odniósł się, a na pewno nie przedstawił w tym zakresie żadnych przeciwstawnych dowodów. (…) Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wprowadził wprost warunków granicznych w zakresie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia, które z góry dyskwalifikowałyby możliwość złożenia oferty przez konkretnego producenta. Nie wprowadzono także takich warunków granicznych,

które wprost wskazywałyby na konieczność zaoferowania produktu konkretnego producenta. Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert uznał natomiast, że konkretne rozwiązania techniczne będą dla niego korzystne z punktu widzenia użytkowania przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę także swoje dotychczasowe doświadczenia w tym względzie. Nie sposób odmówić Zamawiającemu zasadności takiego działania, tym bardziej, że Zamawiający przedstawił szereg twierdzeń odpowiednio udokumentowanych potwierdzających zasadność, z punktu widzenia celowościowego, przyjętych przez siebie rozwiązań. Należy podkreślić, że Izba nie ma uprawnienia oceny wyłącznie celowości zastosowania określonych rozwiązań technicznych w danym zamówieniu. Powyższe jednak może być oceniane tylko w kontekście ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego konkretnych przepisów ustawy Pzp, w tym także w zakresie naruszania zasad udzielania zamówień publicznych. Odwołujący natomiast w przedmiotowej sprawie, wywodząc naruszenie w tym względzie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie udowodnił podnoszonych zarzutów. Z tych też względów odwołanie oddalono.

118. Sygn. akt: KIO 226/11, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania uzasadniają modyfikację części O SIWZ w zakresie dotyczącym opisu kryterium Koncepcja wykonania usługi, co do wskazania co najmniej źródła informacji, gdzie i w jaki sposób wykonawcy mogą mieć dostęp do procedur i instrukcji szpitalnych, o których mowa w opisie poszczególnych podkryteriów w ramach przywołanego kryterium „Koncepcja wykonania usługi", jak również w tabeli zakres czynności związany z realizacją usługi (str. 20 SIWZ pkt 14 co do powierzchni A). Zamawiający w ramach szczegółowego opisu, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach poszczególnych podkryteriów przewidzianych w SIWZ powołuje się na zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, określone w procedurach i instrukcjach szpitalnych. Informacja odnośnie tego, jakiego rodzaju są to procedury i instrukcje, gdzie można pozyskać tego rodzaju dokumenty, nie została w żaden sposób określona przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą wykazywał, że tego rodzaju procedur szpitalnych występuje bardzo duża ilość, co także potwierdził Zamawiający. Należy podkreślić, że jeśli Zamawiający w ramach opisu kryteriów oceny ofert odwołuje się do jakiś dokumentów powinien je załączyć do SIWZ albo przynajmniej wskazać wykonawcom, gdzie tego rodzaju dokumenty mogą być udostępnione w taki sposób, aby każdy z wykonawców na zasadzie równych szans dostępu do nich mógł mieć możliwość swobodnego wglądu do ich treści. (…) O ile na etapie realizacji przedmiotu zamówienia powyższe nie musi stanowić problemu, to na etapie oceny ofert, jeśli Zamawiający w opisie kryteriów oceny ofert odwołuje się do innych dokumentów, nawet standardowych u danego Zamawiającego, w danego rodzaju usługach, dostawach, czy robotach budowlanych, powinien je dookreślić w SIWZ, albo poprzez załączenie ich do SIWZ, albo też poprzez wskazanie miejsca dostępu do tych dokumentów według zasad wskazanych powyżej. Zamawiający nie może bowiem w sposób dowolny przeprowadzać oceny ofert w oparciu o dokumenty, których treść nie może być znana wykonawcom.

119. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r.

Inne, obok ceny kryteria przedmiotowe mają charakter fakultatywny i mogą być stosownie jedynie wtedy, gdy zostaną one wyraźnie wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ. Jeśli Zamawiający wprowadza do SIWZ obok ceny inne kryteria oceny ofert, to jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do przypisania znaczenia poszczególnym kryteriom. Ustawodawca bowiem tej kwestii nie reguluje, pozostawiając tym samym zamawiającemu określenie w SIWZ proporcji pomiędzy poszczególnymi kryteriami. Ustawodawca nie reguluje *expressis verbis* sposobu oceny oferty przy zastosowaniu kilku kryteriów, niemniej jednak należy przyjąć, że w takiej sytuacji decydujące znaczenie ma kompleksowa analiza oferty pod kątem

spełnienia wszystkich wyznaczonych cech przedmiotowych ustanowionych jako kryteria oceny ocen. Innymi słowy, decydujące znaczenie ma sumaryczna ocena poszczególnych kryteriów oceny oferty. Z analizy tegoż przepisu nie wynika obowiązek podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Ustawodawca nie operuje zresztą pojęciem „podkryterium". Ma on jedynie ocenić ofertę wykonawcy w ramach każdego z kryteriów i zsumować łączną ich ocenę. Istotne jest także to, aby przy ocenie ofert nie doszło do naruszenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych, w tym art. 7 ust. 1 p.z.p. Z art. 91 p.z.p. funkcjonalnie powiązany jest przepis art. 92 p.z.p., nakładający na zamawiającego w nim wymienione obowiązki informacyjne. Nie stanowi on normy prawnej regulującej zasady oceny ofert, gdyż tę problematykę reguluje wcześniejsza norma prawna. Jednym z obowiązków wymienionych w tym przepisie jest podanie wykonawcom informacji o wyborze oferty, w tym także o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Art. 91c

120. Sygn. akt: KIO 2824/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r.

Mimo zgłaszanych na bieżąco zastrzeżeń przez wykonawcę, zamawiający nie przedstawił wydruków wygenerowanych w trakcie aukcji ani na moment jej zamknięcia. Aukcja nr 1 była prowadzona w dniu 23 grudnia 2010 r. Natomiast jej udokumentowanie, jakie zamawiający zawarł w aktach postępowania pochodzi z dnia 27 grudnia 2010 r. Okoliczności tej sprawy i dokumentacja świadczą, że zamawiający naruszył zasady przejrzystości postępowania. Nie może zatem dziwić, iż odwołujący opierał się jedynie na stwierdzeniu faktu nieprawidłowości w końcowej fazie aukcji nr 1 oraz, że był zdany na domysły co do przyczyn tego stanu rzeczy. Należało założyć, iż od godziny 8:49:36, w której to według zamawiającego, wpłynęła oferta z ceną 3 150 000 zł. wykonawcy X uznana za najkorzystniejszą, gdyby odwołujący był o tym poinformowany, do czasu zakończenia aukcji o godzinie 9:14:09, zdążyłby podjąć stosowne działania, nawet w sytuacji chwilowego wstrzymania funkcjonowania przeglądarki, co sugerował jako błąd techniczny po stronie wykonawcy, operator aukcji w swoim wyjaśnieniu z dnia 3 stycznia 2011 r. Jak wynika z podanych czasów składania ofert, brak informacji o zmianie pozycji w toku aukcji trwał bowiem 23 minuty i 33 sekundy. Dla odwołującego na ekranie komputera był cały czas widoczny komunikat, iż jego oferta złożona o godz. 8:48:32 z ceną 3 163 735,40 zł jest najkorzystniejsza. Izba nie uwzględniła sugestii zamawiającego, iż zdarzenie wystąpiło na skutek wadliwego działania sprzętu lub łącza internetowego po stronie odwołującego, czy też z uwagi na możliwe uchybienia odwołującego przy korzystaniu z (…). Twierdzenia takie nie zostały nawet przez zamawiającego uprawdopodobnione. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pismo wykonawcy z dnia 27 grudnia 2010 r. Odwołujący posiada certyfikat firmy Microsoft potwierdzający spełnienie wymogów odnośnie zarządzania licencjami tej firmy. Ponadto prawidłowy stan sieci komputerowej odwołującego potwierdził serwisant (…) w oświadczeniu z dnia 30 grudnia 2010 r. Natomiast okolicznością przyznaną jest, iż odwołujący w tym samym dniu uczestniczył w aukcji na część 10 i 13 zamówienia, a jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na część 10. Dowodzi to zdaniem Izby, iż co do zasady odwołujący był prawidłowo przygotowany do uczestnictwa w aukcji, tak pod względem sprzętowym, jak i kwalifikacji osób, które ze strony odwołującego wymienioną aukcję obsługiwały, nawet pomimo tego, że w trakcie aukcji nr 2 dokonał zmiany łącza na bezprzewodowe (co nie zostało zabronione). Z całą pewnością nie da się wykluczyć błędu wykonawcy, czy przyczyny technicznej, to Izba, mając jednak na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uznała, że zamawiający nie dopełniając swoich obowiązków zabezpieczenia dowodów pisemnych, w szczególności z kwestionowanej fazy aukcji, uniemożliwił tym samym autorytatywne stwierdzenie, iż aukcja była na tyle prowadzona w sposób przejrzysty i zgodny z wymaganiami ustawy, iż prawdopodobieństwo popełnie-

nia błędu leży wyłącznie po stronie odwołującego. Wykonawca powinien zostać powiadomiony w czasie rzeczywistym o pozycji swojej oferty. Sytuacja jaka zaistniała w tym postępowaniu, zdaniem Izby, mogła istotnie wpłynąć na decyzje odwołującego, co do kolejnych postąpień i czasu ich składania, a więc przełożyć się na całkowity wynik postępowania w danej części zamówienia. Odwołujący mógł być bowiem przekonany, w oparciu o dane, które obserwował na ekranie, iż jego oferta cały czas zajmuje pierwszą pozycję, skoro pozostawały one niezmienne do czasu wyświetlenia odmiennego wyniku aukcji.

Art. 92 ust. 1

121. Sygn. akt: KIO 522/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Izba uznała za wadliwą czynność zamawiającego poinformowania o wynikach postępowania w części dotyczącej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia. Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być, w okolicznościach sporu, uznane za podanie co najwyżej podstawy prawnej. Izba ocenia, że stwierdzenie o niezgodności kalkulacji cen jednostkowych z podanymi załącznikami wobec ogólnych i podlegających rozbieżnej interpretacji postanowień specyfikacji, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej oraz związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Z tego względu brak wskazania elementów oferty, których ma dotyczyć niezgodność z treścią specyfikacji, w badanym postępowaniu pozycji kosztorysu nr 9, oraz niewskazanie na czym owa niezgodność miałaby polegać nie spełnia warunku poinformowania wykonawcy o przyczynach odrzucenia oferty. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień nie powinno być powierzone własnej aktywności wykonawcy i stwierdzane na podstawie znajdującej się u zamawiającego dokumentacji postępowania. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty spoczywa w całości na zamawiającym.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

122. Sygn. akt: IV Ca 429/10, Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r.

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że z treści przepisu art. 91 ust. 3a ustawy pzp wynika, że zamawiający może w sytuacji określonej w hipotezie tego przepisu doliczyć do przedstawionej w ofercie ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek zapłacić, w celu oceny takiej oferty, a zatem dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (*vide* art. 91 ust. 1-3 ustawy pzp). Z treści tego przepisu nie daje się zatem wywieść wprost uprawnienia zamawiającego do doliczenia obciążającego go podatku VAT do ceny oferty przy czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Czynność oceny ofert i czynność unieważnienia postępowania są bowiem różnymi czynnościami zamawiającego i gdyby wolą ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu doliczenia podatku VAT do ceny oferty także przy czynności unieważnienia postępowania, to znalazłoby to wyraz w treści przepisu art. 91 ust. 3a ustawy pzp lub w treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp umożliwia zamawiającemu unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia [*aktualne brzmienie przepisu – cena najkorzystniejszej oferty lub ofertę z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający za-*

mierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tą kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty – przyp. red.]. Rację ma Przeciwnik skargi twierdząc, że pojęcie ceny jest legalną i jasną definicją, nie podlegającą interpretacji, zawartą w przepisie art. 2 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, zgodnie z którymi cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu tym podatkiem. Ceną w niniejszej sprawie jest więc kwota, którą Zamawiający zobowiązany jest zapłacić wykonawcy w realizacji umowy w przedmiocie zamówienia publicznego i zawiera ona podatek VAT tylko w sytuacji, gdy podatek ten zobowiązany jest uiścić wykonawca z tytułu sprzedaży towarów. Jeśli zaś wykonawca nie jest obciążony podatkiem VAT z tytułu sprzedaży towarów, a obciążony jest nim – z tytułu nabycia towarów – wykonawca, to w cenie oferty nie może być uwzględniony ten podatek, bo nie jest on wówczas składnikiem ceny, czyli należności zamawiającego wobec wykonawcy. Takie rozumienie pojęcia cena skutkowało dodaniem w art. 91 szczególnej regulacji (ustęp 3a) pozwalającej na dokonanie przez zamawiającego zabiegu matematycznego polegającego na doliczeniu do ceny (rozumianej jako należność zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu umowy sprzedaży) podatku VAT obciążającego zamawiającego. Taka regulacja nie została jednak powtórzona przez ustawodawcę w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, nie uprawnia on zatem zamawiającego do doliczenia do ceny oferty podatku VAT, jakim obciążone jest nabycie przez niego towarów (import towarów). Zdaniem Sądu Okręgowego brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jest jednoznaczne i nie pozwala na nadawanie temu przepisowi innego znaczenia niż wynikające z jego literalnej wykładni – podstawą unieważnienia postępowania może być tylko taka sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Słusznie podnosi X z siedzibą w B., że wykładnia językowa ma pierwszeństwo zastosowania, a inne reguły mają zastosowanie wówczas, gdy językowa nie daje jednoznacznego wyniku (co w niniejszej sprawie nie ma miejsca). Przypisywanie użytemu w tym przepisie pojęciu „cena" innego znaczenia niż wynikające z definicji z art. 2 ust. 1 ustawy pzp oznaczałoby interpretację przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp *contra legem*. Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut skargi mówiący o tym, że zastosowanie takiej wykładni literalnej godzi w podstawowe zasady tej ustawy tj. zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w niemal jednakowej sytuacji, gdy Skarżący zobowiązany jest do zapłacenia podatku od towarów i usług (w przypadku wykonawcy krajowego – w cenie, a w przypadku importu dostaw – odpowiedniemu urzędowi) ustawodawca nakazuje zamawiającemu zachowywać się odmiennie. Możliwość doliczenia (lub nie) przez zamawiającego podatku VAT dla potrzeb oceny istnienia przesłanek unieważnienia postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w żadnym bowiem razie nie wpływa na realizację uprawnień wykonawców do uczestniczenia w postępowaniu na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż do unieważnienia postępowania z tych przyczyn dochodzi na etapie, gdy został już dokonany wybór oferty najkorzystniejszej a więc, gdy „konkurencja" między wykonawcami została zakończona (tak jak w niniejszej sprawie, gdy doszło już do „prawomocnego" wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż czynność oceny ofert nie została zaskarżona). Sąd Okręgowy podziela też pogląd Przeciwnika skargi dotyczący konieczności ścisłego interpretowania przepisu art. 93 ustawy pzp z tego względu, że określa on przesłanki unicestwienia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Oznacza to, że unieważnienie postępowania może nastąpić wyłącznie z przyczyn wskazanych w tym przepisie bez możliwości rozszerzenia zamkniętego katalogu tych przyczyn. Umożliwienie zamawiającemu doliczenia do ceny oferty podatku VAT w celu ustalenia, czy istnieją przesłanki unieważnienia postępowania, mimo, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp tego nie przewiduje, stanowiłoby obejście zakazu rozszerzającej wykładni

tego przepisu, gdyż powodowałoby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

123. Sygn. akt: KIO 2789/10, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r.

Odnosząc się wprost do zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający, powołując się na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bezpodstawnie unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu wynika, że Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten zatem jako podstawę do unieważniania postępowania odwołuje się do sytuacji, w których w toku postępowania o udzielenie zamówienia doszłoby do popełnienia takiego naruszenia, które skutkowałoby – w oparciu o przepisy ustawy Pzp – koniecznością unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli takowa byłaby zawarta. Zakres podstaw unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny. Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy sięgnąć do art. 146 ustawy Pzp, który wskazuje na przesłanki do unieważniania umowy. Przesłanki te przede wszystkim zostały określone w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jako kwalifikowane wady (nieprawidłowości) dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy. Ust. 5 i 6 art. 146 ustawy Pzp określają także dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby żadna z przesłanek skutkujących koniecznością unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w kontekście wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego okoliczności, nie miała miejsca. Wskazywane przez Zamawiającego zasady związane z procedurą szacowania wartości zamówienia, związane są z organizacją pracy jednostki Zamawiającego, nie dotyczą natomiast zasad prowadzenia samego postępowania. Okoliczności tych nawet Zamawiający nie wskazał w postanowieniach siwz, czy też ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający miał możliwość uzewnętrznienia swojej woli, czy to w zapisach siwz, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie równie dobrze, skoro podał kwotę netto za całość zamówienia, mógł tę kwotę rozbić w oparciu o zasady, na jakich szacował wartość zamówienia. Wszelkie z tego tytułu konsekwencje bez odpowiednich regulacji w dokumentacji przetargowej (SIWZ) nie mogą zaś obciążać wykonawców. Co do błędnego określenia kryterium oceny ofert to, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający nie wykazał dlaczego było ono ustalone nieprawidłowo i nie pozwoli wybrać oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i podpisać ważnej umowy o zamówienie. Cenę należało podać w rozbiciu na prace porządkowe i roboty konserwacyjne. W ocenie Izby, kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, wynika z przyjętego planu finansowego danej jednostki, gdyż określa on faktycznie zabezpieczone środki na pokrycie wydatków, zrównoważone planowanymi dochodami i pozwala na realnych podstawach oceniać możliwości płatnicze Zamawiającego, w odniesieniu do usług objętych zamówieniem, nawet przy założeniu, iż kwoty, które może wydatkować w 24-miesięcznym okresie realizacji usługi – dłuższym niż roczny, na który ustalany jest plan, ustalone zostaną przy odpowiednim zastosowaniu założeń aktualnego planu finansowego. Ani w aktach postę-

powania przesłanych Izbie, ani też na rozprawie, pełnomocnik Zamawiającego nie złożył dowodu w postaci planu finansowego, potwierdzającego, iż w rzeczywistości zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do ceny najkorzystniejszej oferty w części dotyczącej prac konserwacyjnych, a podana przyczyna unieważnienia postępowania jest realna. Co więcej cena całkowita oferty najkorzystniejszej mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zachodzi zatem nawet konieczność zmiany globalnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego możliwe jest przesunięcie środków między poszczególnymi rozdziałami w ramach jednego działu przez kierownika Zamawiającego w ramach procedury zmiany budżetu miasta. Zawsze też Zamawiający może udzielić zamówienia w ramach zlecania prac konserwacyjnych do wysokości kwoty znajdującej się budżecie. Na działanie takie pozwalają mu, w ocenie składu orzekającego, zapisy siwz, gdzie wyraźnie stwierdzono, iż łączna cena ryczałtowa brutto za wykonanie całego planowanego przedmiotu zamówienia służyć miała jedynie porównaniu złożonych ofert. Rozliczanie zaś za poszczególne prace odbywało się będzie na podstawie faktycznie wykonanych prac. Argumentacja Zamawiającego, iż zmuszony on będzie zlecić mniejszy zakres prac w związku z zaproponowanymi cenami jednostkowymi przez Odwołującego jest niewątpliwie prawdziwa, ale złożenie oferty w takim kształcie nie upoważnia Zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania ponieważ samo zaproponowanie wyższych stawek niż zakładał Zamawiający nie prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również w następnym postępowaniu nie byłaby wykluczona taka sytuacja, w której Zamawiający otrzymałby oferty zbliżone cenowo do tych w prowadzonym postępowaniu. Na rozprawie zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący po stronie Zamawiającego, podkreślali, iż pewna jest kwota dotycząca prac porządkowych, natomiast kwota i zakres odnoszący się do prac konserwacyjnych jest zmienny. Tak ukształtowane zapisy siwz nie dają wykonawcy podstawy do żądania kwoty określonej w ofercie dotyczącej prac konserwacyjnych ponieważ rozliczanie odbywać się będzie na zasadach wynagrodzenia kosztorysowego, a logicznym jest, że Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych nie może zaciągać zobowiązań przekraczających wysokość środków przeznaczonych na dany cel w jego budżecie.

124. Sygn. akt: KIO 34/11, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r.

(…) zdaniem Izby, także powoływana przez Zamawiającego podstawa prawna z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – wobec niespornych stanowisk Zamawiającego i Odwołującego, że tak skonstruowany w SIWZ warunek dotyczący wymaganych uprawnień nie jest przewidziany przepisami prawa jest również zasadna. Należy bowiem zgodzić się z Zamawiającym, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy opisany w pkt 6.1.1. lit. c SIWZ warunek udziału w postępowaniu prowadził w konsekwencji do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 22 ust. 4 Pzp. Ustalenie wymagania, które nie było możliwe do spełnienia przez potencjalnego wykonawcę prowadziło do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji – odrzucenia jego oferty, a tym samym było to wymaganie de facto nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Usunięcie takiej wady postępowania na etapie oceny ofert poprzez zmianę tego warunku – nawet na korzyść wykonawców – nie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, albowiem w konsekwencji prowadziłoby to do wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada warunkom podanym w ogłoszeniu i specyfikacji. Powoływane zatem przez Zamawiającego okoliczności, uzasadniają zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowią one bowiem wadę powodującą, że nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przede wszystkim nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146 i tym samym nie można twierdzić, iż wyłącznie przesłanki z art. 146 ust.1 ustawy Pzp, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby także podstawy

wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ograniczenie tylko do ust. 1 tego artykułu prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi Zamawiającemu jego unieważnienie, nakładając tym samym na Zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Zdaniem Izby, wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 ustawy Pzp – wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia. Odnosząc się do drugiej przyczyny unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż w tym przypadku Zamawiający powołał się na uzupełnienie w toku postępowania – po jego ogłoszeniu – dokumentacji dotyczącej instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej, poprzez przekazanie rysunków z tej branży oraz wprowadzenie dodatkowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku związanego z przedmiotem zamówienia, a mianowicie żądanie złożenia arkusza parametrów i warunków dla modułowej szafy klimatyzacyjnej wraz z folderami. Izba uznając – w tym przypadku – także możliwość zastosowania art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdza, że przepis ten, wskazując na wpływ naruszenia na wynik postępowania, stanowi nie tylko o bezpośrednim wpływie tego naruszenia, ale także o potencjalnym zagrożeniu. Można co prawda zgodzić się z Odwołującym, że przedmiotowa wentylacja ujęta była w dokumentacji projektowej, a więc wchodziła w zakres zamówienia określony w SIWZ, co oznacza, że nie stanowiła nowego elementu zamówienia, a jedynie uszczegółowienie projektu. Izba także podziela pogląd Odwołującego, że wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytanie w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, oraz stanowią także rodzaj zmiany specyfikacji. Jednakże należy zwrócić uwagę, iż w tym przypadku Zamawiający rozszerzył katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego. Taki dokument – zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – w pierwszej kolejności należało podać w Ogłoszeniu o zamówieniu, powtarzając go następnie w specyfikacji. Ustalenie takiego dokumentu po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu, jest niewątpliwe zmianą istotną i wymaga zmiany tego Ogłoszenia w trybie i zakresie ustalonym w art. 12 ust. 4 oraz art. 12a ustawy Pzp. Zamawiający takiej zmiany nie dokonał, a zatem, uwzględniając także odpowiednio przepis art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiący o unieważnieniu postępowania z powodu nie przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji, był nie tylko upoważniony, lecz także zobowiązany do unieważnienia postępowania ze wskazaniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (…) Izba stwierdza, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przede wszystkim wskazany art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp nie stanowi podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy, który wykluczony z postępowania nie wniósł odwołania, ani nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Z treści tych przepisów wynika bowiem, że w pierwszym przypadku – oferta podlega odrzuceniu, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w drugim – gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, bądź niezaproszonego do składania oferty. Izba zauważa także, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powołane przepisy nie nakładają na zamawiającego takich ograniczeń, jak np. związanie decyzją o dokonanej czynności oceny ofert, jak również nie określają ram czasowych na dokonanie tych czynności w postępowaniu. Zmiana decyzji zamawiającego jest zatem uprawniona do momentu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Izba zwraca jednocześnie uwagę, iż wykluczenie bezpodstawne wykonawcy z postępowania, składającego najkorzystniejszą ofertę i wybór oferty innego wykonawcy pro-

wadzi do wyboru oferty nie najkorzystniejszej i tym samym stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, oraz podstawę wystąpienia o unieważnienie takiej umowy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga także, iż dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

125. Sygn. akt: IV Ca 831/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Sposób opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie Nr 2 jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Przedmiotem zamówienia był lek cytostatyczny o chemicznej nazwie VINORELBINE, a Zamawiający wskazał w SIWZ formę, dawkę i ilość. W takiej sytuacji oferta Skarżącego spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na korzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego. Z pism Zamawiającego wynika, że w chwili unieważnienia przetargu w zakresie pakietu Nr 2 nie powoływał się na naruszenie konkretnych przepisów ustawy i fakt, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Rację ma skarżący, że postawę z art. 146 ust. 6 Pzp wskazała dopiero KIO w uzasadnieniu wyroku. Jednakże błędne opisanie – z winy Zamawiającego – przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 Pzp. Niedostateczne rozpoznanie rynku, a co za tym idzie niedostosowanie przedmiotu zamówienia do własnych potrzeb – co podkreślał Zamawiający – nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania ze względu na interes publiczny – co zdaje się wynikać z uzasadnienia KIO, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, nie ma miejsca. Zgodnie z pkt 5 ust. 1 art. 93 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Podstawa ta nie znajduje żadnego zastosowania w sprawie, skoro Zamawiający przyznał, że – z braku odpowiedniej (a niewątpliwie specjalistycznej) wiedzy popełnił błąd, opisując przedmiot zamówienia.

Art. 96 ust. 2

126. Sygn. akt: KIO 2782/10, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.

Spór między zamawiającym, a odwołującym dotyczy odmiennej oceny tego, czy wyciąg z rachunku bankowego zamawiającego w zakresie potwierdzającym wpływ do zamawiającego kwoty stanowiącej wadium stanowi załącznik do protokołu, o którym mowa w art. 96 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji, czy podlega udostępnianiu na zasadach wynikających z ustawy oraz wydanego na podstawie art. 96 ust. 5 Pzp rozporządzenia ustalającego m.in. sposób udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami. Zważywszy tak zakreślone ramy sporu zasadnym jest na wstępie wskazanie, iż w wykonaniu delegacji wynikającej z art. 96 ust. 5 Pzp Prezes Rady Ministrów w dniu 26 października 2010 r. wydał rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458) zastępujące z dniem 11 grudnia 2010 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzie-

lenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1154). Stosownie do § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie tegoż rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe. W konsekwencji do postępowania, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, wobec jego wszczęcia w dniu 5 października 2010 r., znajdą zastosowanie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „rozporządzenie"). Przechodząc do stanowiska Izby w kwestii rozpatrywanego zarzutu trzeba wskazać, iż rację ma odwołujący twierdząc, iż zamawiający bezzasadnie odmówił mu udostępnienia wyciągu ze swojego rachunku bankowego w zakresie dotyczącym potwierdzenie wniesienie wadium przez przystępującego. Dokument ten zdaniem Izby, jako potwierdzający czynność dokonaną przez wykonawcę w toku postępowania, stanowi załącznik do protokołu jako inny dokument „składany przez zamawiającego", do którego odnosi się przepis art. 96 ust. 2 Pzp. W konsekwencji zatem – jak wprost stanowi przepis art. 96 ust. 3 Pzp – jest jawny i podlega udostępnieniu stosownie do reguł ustalonych w rozporządzeniu. Aby uczynić im zadość niezbędne jest stosownie do § 5 ust. 1 rozporządzenia złożenie wniosku (nie jest sporne, iż odwołujący wniosek w formie elektronicznej w dniu 22 grudnia 2010 r. złożył).

Art. 138

127. Sygn. akt: XIX Ga 110/10/, Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r.

Zarzut trzeci w zakresie, w jakim dotyczy naruszenia przepisu art. 25 Pzp oraz wydanego na jego podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich możne żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane [*aktualnie rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.*], również nie zasługuje na uwzględnienie. Słusznie bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, iż zamawiający sektorowy, jakim jest X, zgodnie z przepisem art. 138 ust. 1 pkt 2 PZP może „żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków". W świetle zaś faktu, iż jak wskazano wyżej wykonawca musiał dysponować placówkami handlowymi i gastronomicznymi, przedstawienie ich wykazu było niezbędne w celu oceny sprostowania przez wykonawców warunkom udziału w postępowaniu, a zatem spełniało przesłankę określoną w przepisie art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp *in fine*.

Art. 138a ust. 3

128. Sygn. akt: X Ga 104/10/za, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 25 czerwca 2010 r.

Dla realizacji dyspozycji art. 138a, polegającej na wyłączeniu stosowania ustawy Pzp. koniecznym jest zaś łączne spełnienie obydwu przesłanek. Zdaniem Sądu Okręgowego, w toku postępowania, Zamawiający nie wykazał drugiej z nich, tj. nie udowodnił, by świadczone przez niego przewozy regularne mogły być świadczone także przez innych przewoźników na tym samym obszarze i tych samych warunkach. Na wstępie zaznaczenia wymaga, że zarówno okoliczność świadczenia przewozów regularnych przez Zamawiającego, jak i definicja „tego samego obszaru", o której mowa w art. 136a ust. 3 Pzp jako nie koniecznie pokrywająca się z trasami linii obsługiwanych przez przewoźników, były bezsporne. Przechodząc zaś do kwestii spełniania przez zamawiającego tej przesłanki należy wskazać, że jej spełnienia nie dowodzą przedstawione przez Zamawiającego dokumenty, z których wynika udzielenie licencji na

rzecz innych przewoźników, ani też fakt, że obsługa okrężnych linii została powierzona określonym przewoźnikom. Przeciwnie, opis sposobu organizacji sieci transportu przedstawiony przez Zamawiającego w skardze, zgodnie z którym w drodze przetargu Związek wyłania przewoźników, którzy na mocy zawartych z nimi umów dokonują przewozów na wyznaczonych liniach, wskazuje na swoisty monopol danego przewoźnika, który wygrał przetarg i podpisał umowę na obsługę konkretnej linii. Inne natomiast było założenie ustawodawcy, co słusznie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza. Wyłączenia uregulowane w art. 138a ust. 3 Pzp związane są bowiem z celem zapewnienia rzeczywistej konkurencji na rynku obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego. Nacisk na realność konkurencji oznacza, że na danym obszarze obsługa powinna być zapewniona przez przynajmniej dwa podmioty równolegle, które świadczą usługi transportowe na tych samych warunkach – tak, żeby pasażerowi pozostawiona był wybór spośród co najmniej dwóch alternatywnych przewoźników. Zdaniem Sądu, tego nie dowodzi sam fakt istnienia wielości podmiotów świadczących usługi transportowe, na co powoływał się skarżący. W świetle powyższego, także podnoszony przez Zamawiającego argument swobody przystępowania do przetargów, pozostaje bez znaczenia dla oceny realności konkurencji w obrębie świadczenia usług na danym obszarze. O ile bowiem możliwość przystąpienia do przetargu jest ograniczona, jedynie Jego warunkami, równymi dla każdego z zainteresowanych, o tyle, jak już mowa była wyżej, w wyniku przetargu na obsługę danej linii zostaje wyłoniony jeden wykonawca, co w sposób oczywisty ma zapewnić konkurencję świadczeń, a tym samym nie spełnia warunku z art. 138a ust. 3 Pzp, pozwalającego na wyłączenie zastosowania przepisów tej ustawy. Nie sposób również zgodzić się ze skarżącym, że użyte przez ustawodawcę określenie dotyczące – „możliwości" świadczenia przewozów regularnych przez innych przewoźników, dotyczy jak to rozumie skarżący, obsługi sieci, a nie pasażerów, a konkurencja jego zdaniem winna być zachowana w dostępie do obsługi tej sieci i nie ma nic wspólnego z możliwością wyboru różnego przewoźnika przez pasażerów. Już bowiem tylko wykładnia językowa tego przepisu pozwala przyjąć, że poprzedzenie zwrotu „mogą" zwrotem warunkowym „jeżeli" oznacza konieczność spełnienia wskazanego warunku. Po drugie, procedurę przetargową w sposób oczywisty cechuje konkurencja. Natomiast świadczenie przewozów, wprawdzie odbywa się na zlecenie zamawiającego, niemniej jednak z istoty rzeczy stanowi usługę transportową wykonywaną na rzecz pasażera, i w tym zakresie wolą ustawodawcy było zapewnienie rzeczywistej konkurencji świadczonych usług, która zrealizowana może być jedynie w sytuacji, w której daną linię obsługuje kilku przewoźników.

Art. 179 ust. 1

129. Sygn. akt: KIO 10/11, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.

(…) Izba stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż nawet w przypadku uznania zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, odwołujący ten, nie uzyska przedmiotowego zamówienia albowiem jego oferta została sklasyfikowana na ostatniej pozycji w ramach każdej z części. Izba wskazuje, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia musi być skonkretyzowany i pewny. Interesu tego nie można opierać na samych domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach w uzyskaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyskałby zamówienia, gdyż jego pozycja w rankingu ofert dla każdej z 8 części nadal nie pozwalałaby uznać jego oferty za najkorzystniejszą. Izba zwraca również uwagę, że za brakiem interesu przemawia również fakt, iż odwołujący nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia. W ocenie Izby interes wykonawcy we wnoszeniu środków odwoławczych ograniczony jest wyłącznie do uszczerbku w interesie tego konkretnego wykonawcy, a nie w interesie innych

wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Zdaniem Izby naruszenie interesu (...) musi istnieć w konkretnym postępowaniu. Izba stoi również na stanowisku, iż interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej winien być powiązany i prowadzić do uznania złożonej oferty za najkorzystniejszą i umożliwiać zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie uszczerbku (szkody) w swoim interesie, związanym z uzyskaniem danego zamówienia. Izba wskazuje, iż w świetle art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p., podkreślenia wymaga, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom p.z.p. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom p.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W przedmiotowym stanie faktycznym nie sposób uznać, że odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę, gdyż nawet w przypadku potwierdzenia się zasadności zgłoszonych zarzutów, nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Przyjąć należy, iż szkoda dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej co w niniejszej sprawie nie może mieć miejsca. Podnieść należy, że Izba, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający z prawa odwołania przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 p.z.p. Wobec stwierdzenia braku tej przesłanki rozpatrzenie zarzutów w tych okolicznościach stało się bezprzedmiotowe.

130. Sygn. akt: KIO 41/11, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Izba ustala, czy wykonawca wnoszący odwołanie ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący, gdy wnosił odwołanie, miał status wykonawcy. Deklaracja zamawiającego złożona na rozprawie o zamiarze wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty pozostaje bez znaczenia dla oceny interesu wykonawcy w postępowaniu odwoławczym przez niego wywołanym.

131. Sygn. akt: KIO 290/11, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednakże trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie – uwzględniając zasady doświadczenia życiowego – nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności.

132. Sygn. akt: XIX Ga 148/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 3 maja 2010 r.

O ile bowiem rację ma Skarżący wywodząc, iż czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP może stanowić samodzielny przedmiot protestu, zaniechanie jej oprotestowania nie może podważać prawa do zaskarżenia w drodze protestu rozstrzygnięcia Zamawiającego wydawanego w następstwie niepodporządkowania się do wezwania. Zgodnie z art. 180 ust. 1 PZP odczytywanym w powiązaniu z art. 179 ust. 1 PZP, przedmiotem protestu [*aktualnie instytucja protestu nie obowiązuje – przyp. red.*] może być każda naruszająca ustawę czynność podjęta przez zamawiającego w postępowaniu, jeżeli wskutek jej podjęcia interes prawny wykonawcy w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Przez interes prawny [*aktualnie w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest wyłącznie o interesie bez wskazania na interes prawny – przyp. red.*] należy rozumieć szanse na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim kontekście, samo wezwanie Zamawiającego do przedłożenia wymaganych dokumentów od Odwołujących może jedynie wywoływać zagrożenie naruszenia ich interesów prawnych. Negatywne skutki prawne są bowiem uzależnione nie tyle od samego zachowania wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie, lecz przede wszystkim od decyzji danego zamawiającego. Nie można bowiem z oczywistych względów twierdzić, iż zamawiający jest związany treścią własnego wezwania oraz, iż nie może odstąpić od wymogów stawianych wykonawcom w wezwaniu, jeśli uzna je za niezasadne. Okoliczność, iż, jak wywodzi Skarżący, odrzucenie oferty jest naturalną konsekwencją nieuzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, nie ma znaczenia dla oceny przysługiwania Odwołującym środków ochrony prawnej. Prowadziłoby to bowiem do nałożenia na Odwołujących obowiązku antycypowania dalszych kroków Zamawiającego, co w sposób ewidentny naruszałoby ich prawa jako uczestników postępowania przetargowego. Wezwanie do przedłożenia dokumentów na potrzeby postępowania przetargowego może zatem stanowić jedynie okoliczność uzasadniającą zagrożenie interesu prawnego wykonawcy, podczas gdy rozstrzygnięcie zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy lub odrzucenie jego oferty potencjalnie już go narusza. O ile bowiem samo wezwanie nie generuje wobec jego adresata negatywnych skutków prawnych każda z wymienionych decyzji zamawiającego konstytuuje już niechybnie trwałą przeszkodę w uzyskaniu przez danego wykonawcę zamówienia publicznego. Z tego względu, o naruszeniu interesu prawnego wykonawcy można mówić nie wcześniej niż z dniem zawiadomienia go o wykluczeniu z postępowania bądź odrzuceniu jego oferty, względnie o wyborze oferty innego wykonawcy. Uprzednio nie występuje więc jeszcze okoliczność, która mogłaby być uznana za podstawę do wniesienia protestu, a w rezultacie nie może być mowy o powzięciu lub chociażby możliwości powzięcia wiadomości o uchybieniach stanowiących podstawę wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty (SN w uchw. z dn. 17 lipca 2003 r. III CZP 44/03, OSNC 2004/ 10/152). Reasumując, wykonawca w momencie wezwania go do przedłożenia dokumentu, którego wymagalność w danym postępowaniu przetargowym kwestionuje, może zaskarżyć tę czynność. Co jednakże znamienne, brak jej zaskarżenia nie może skutkować pozbawieniem prawa wykonawcy do zaskarżenia podjętej z tych samych powodów czynności jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty (zob. np. wyr. KIO z dn. 18 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1421/03). O ile bowiem na dzień wezwania interes prawny wykonawcy jest zagrożony wobec zawiadomienia go o rozstrzygnięciu zamawiającego w przedmiocie jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty, interes ten ulega już potencjalnemu naruszeniu, stanowiąc oddzielną podstawę zaskarżenia dla wykonawcy.

133. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r.

Sąd Okręgowy podziela ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że o braku interesu i braku możliwości poniesienia szkody odwołującego Wykonawcy nie może przesądzać wysokość posiadanych przez Zamawiającego w dacie otwarcia ofert środków na przedmiot zamówienia.

Kryterium weryfikacji zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 nie może być bowiem oderwane od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Skoro zaś, jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza skarżący nie przedstawił wystarczających dowodów, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty przewidzianej na realizację zamówienia, a niewątpliwie wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia przewyższa kwotę posiadanych w dacie otwarcia ofert środków to tym samym zarzut braku interesu po stronie Wykonawcy, którego oferta uznana została za drugą w rankingu ofert uznać należy za nieuprawniony. Interes w uzyskaniu danych zamówienia powinien być bowiem rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia. Przesłanka szkody w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp jest spełniona natomiast w przypadku samej tylko możliwość jej poniesienia w postaci utraconych korzyści jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Art. 180 ust. 5

134. Sygn. akt: VIII Ga 29/10, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 22 kwietnia 2010 r.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, na co zwrócił uwagę skarżący, że do postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej – sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) [*aktualnie Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*] w brzmieniu sprzed ostatniej gruntownej nowelizacji tej ustawy, która weszła w życie 29 stycznia 2010 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 233, poz. 1778). Zmiany dokonanej w redakcji cytowanego w skardze przepisu art. 184 ust. 2 obowiązującej poprzednio ustawy, który w obecnie obowiązującej ustawie wprowadzono pod jednostką, redakcyjną art. 180 ust. 5, nie można jednak uznawać za merytoryczną zmianę wymienionego przepisu, a jedynie dostosowanie tej treści do znaczenia, jakie przypisywane mu było wcześniej w doktrynie i orzecznictwie. Właśnie w celu usunięcia wątpliwości interpretacyjnych związanych z użyciem wyrazu „przekazać" w poprzednim brzmieniu ustawy, ustawodawca wprowadził z dniem 29 stycznia 2004 r. następującą regulację usuwającą wszelkie potencjalne rozbieżności stanowisk w tym względzie: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przestanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy zmieniającej przepis art. 180 ust. 5 ustawy ma zapewnić, aby odwołujący przesyłał kopię odwołania pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną do końca terminu do jego wniesienia w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Skuteczność wniesienia odsyłania została zatem uzależniona od przesłania jego kopii zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia w taki sposób, aby mógł powziąć wiadomość o tym fakcie, a co za tym idzie dowiedzieć się o przedłużeniu terminu zawieszenia możliwości zawarcia umowy z wybranym oferentem. Obecne uregulowanie sposobu, formy i terminu przesłania kopii odwołania zamawiającemu przez odwołującego co należy podkreślić jest jedynie doprecyzowaniem jednolicie interpretowanego przepisu art. 184 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych [*ustawy Prawo zamówień publicznych – przyp. red.*], który obowiązywał poprzednio. Zwrot „jednocześnie przekazując kopię treści tego odwołania zamawiającemu" mógł wprawdzie nastręczać wątpliwości, jednak jego interpretacja zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, jak i sądów powszechnych, a także stanowisko doktryny w tym względzie nie pozostawiały wątpliwości, iż o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności można było mówić tylko wtedy, gdy kopia tego odwołania dotarła do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie, tj. najpóźniej w ostatnim dniu terminu na złożenie odwołania Prezesowi

UZP (por. np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie UZP z dnia 10 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 902/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 117/07). Informacja o zaskarżeniu rozstrzygnięcia protestu (braku rozstrzygnięcia w terminie) miała przede wszystkim na celu uświadomienie zamawiającemu, iż nie nastąpił stan ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Zaniechanie tego obowiązku w przypadku protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej mogło spowodować, że zamawiający, wobec braku informacji o wniesieniu odwołania, w sposób całkowicie usprawiedliwiony byłby przekonany, że protest jest już ostatecznie rozstrzygnięty (…). *Ratio legis* tego uregulowania było tożsame z obecnym – zapobieżenie zawarciu przez zamawiającego umowy z wybranym przez niego oferentem do czasu zakończenia postępowania związanego z wniesieniem odwołania od rozstrzygnięcia protestu, o którym w przeciwnym wypadku zamawiający w chwili zawierania umowy mógłby wcale nie wiedzieć.

Art. 182

135. Sygn. akt: KIO 2755/10, Postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

Odwołujący w treści odwołania stwierdził, że zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. zmienił kryteria oceny ofert przywracając pierwotnie ustalone. Okoliczność ta nie jest sporna. W konsekwencji nie budzi wątpliwości Izby, iż bieg dziesięciodniowego terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się w dniu 7 grudnia 2010 r., co bezspornie oznacza, iż upłynął on dnia 17 grudnia 2010 r. Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby dnia 23 grudnia 2010 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), zatem z uchybieniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy, co musiało prowadzić do jego odrzucenia. Wbrew twierdzeniom odwołującego za początek biegu terminu na wniesienie odwołania nie sposób uznać wskazanej w odwołaniu daty 17 grudnia 2010 r., kiedy to odwołujący otrzymał odpowiedź zamawiającego na zadane mu pismem z dnia 8 grudnia 2010 r. pytanie: „Czy szczepionka zawierająca jedynie śladowe (do 1 μg/ml w dawce szczepionki) ilości związków rtęci (np. tiomersalu) pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania, a nie dodawane w celu konserwacji produktu, będzie traktowana jako spełniająca kryterium – szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu)" Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. wyjaśnił, iż szczepionka taka zostanie zakwalifikowana jako zawierająca związki rtęci. Pierwotne kryteria zostały przywrócone przez zamawiającego w dniu 7 grudnia 2010 r. Zamawiający stwierdził, iż przywraca „wyjściowe kryterium oceny ofert". W dalszej części pisma oznaczonej nagłówkiem „Zamiana treści SIWZ" wskazał kryterium 2 „Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu)" – 40%. Podając sposób obliczenia wartości punktowej, przypisał kryterium „Szczepionka zawierająca związki rtęci (np. tiomersal) – 0 pkt, szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) – 40 pkt. Odpowiedź na pytanie odwołującego datowana na 16 grudnia 2010 r. otrzymana przez niego w dniu 17 grudnia 2010 r. nie stanowiła zmiany siwz – zamawiający potwierdził literalne brzmienie wprowadzonych w dniu 7 grudnia 2010 r. modyfikacji siwz, stwierdzając, iż szczepionka zawierająca ilość tiomersalu do 1 μg/ml w dawce szczepionki zostanie zakwalifikowana jako zawierająca związki rtęci. Bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego sprawy pozostają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzone w innych postępowaniach przez zamawiającego, w szczególności, iż dotyczyło ono innych szczepionek. Także przytoczone przez odwołującego w odwołaniu, a zawarte we wstępnej części pisma zamawiającego z dnia 7 grudnia 2010 r., stwierdzenia odnoszące się do zaleceń European Medicines Agency (EMEA) i Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z roku 2001, podtrzymane w latach 2004 i 2008 wskazujących na konieczność usunięcia tiomersalu lub jego redukcję do możliwie najniższej wartości, nie pozwalają na przyjęcie, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się dopiero z chwilą otrzymania od zamawiającego odpowiedzi w dniu 17 grudnia 2010 r. Nawet jeśli odwołujący miał wątpliwości, jak rozumieć dokonane przez zamawiającego pismem z dnia

7 grudnia 2010 r. zmiany siwz i skorzystał z przysługującego mu uprawienia do skierowania pytania do zamawiającego w celu uzyskania ich interpretacji nie zmienia to faktu, iż wyjaśnienia zamawiającego, o ile nie stanowią zmiany postanowień siwz, nie przywracają terminu do zaskarżenia jej postanowień. Odwołujący miał możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej już po otrzymaniu modyfikacji siwz w dniu 7 grudnia 2010 r. Jego decyzją było, czy wyjaśniać wątpliwości, które powziął, co do treści poczynionych przez zamawiającego zmian siwz, czy też skorzystać z możliwości wniesienia odwołania. Mógł także równolegle wystąpić o wyjaśnienia oraz wnieść odwołanie. Rezygnując z zakwestionowania postanowień siwz poprzez wniesienie odwołania, odwołujący uczynił to na własne ryzyko. Powinien był się liczyć z tym, iż w przypadku, gdyby odpowiedź zamawiającego była dla niego niesatysfakcjonująca, na wniesienie odwołania może być za późno. W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, iż termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego upływ w dniu 17 grudnia 2010 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Termin do wniesienia odwołania nie może być przywrócony przez działania wykonawcy polegające na zadawaniu pytań co do kwestii sprecyzowanych jednoznacznie w treści siwz. Na gruncie badanej sprawy zamawiający jednoznacznie wskazał na brzmienie kryterium 2 w dniu 7 grudnia 2010 r. przywracając jego pierwotne brzmienie. Wyjaśnienia zamawiającego udzielone w dniu 17 grudnia 2010 r. sprowadzały się w istocie do potwierdzenia tej okoliczności nie kreując żadnych nowych pod względem merytorycznym treści. Kwestionowane przez odwołującego kryterium w wyniku odpowiedzi na pytanie odwołującego pozostało niezmienione, nie otrzymało nowego brzmienia.

136. Sygn. akt: KIO 6/11, Postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2011 r.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu" (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania"* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

137. Sygn. akt: KIO 282/11, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2011 r.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania zamawiający przesłał za pomocą faksu w dniu 4 lutego 2011 roku. Odwołujący się pismem z dnia 15 lutego 2011 roku wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnił, że sam nie posiada pisma zamawiającego przesłanego faksem, ponieważ zniszczył je po otrzymaniu dokumentu tego w formie pisemnej. Z informacji otrzymanej od zamawiającego wynika natomiast, że pismo zostało przesłane faksem w dniu 4 lutego 2011 roku. Użycie faksu jest jednym ze sposobów, o których mowa w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zatem termin na wniesienie odwołania w przedmiotowym postępowaniu wynosił 5 dni licząc od dnia przesłania informacji i upływał w dniu 9 lutego 2011 roku. W przedmiotowej sprawie bez znaczenia jest fakt, że odwołujący się zapoznał się z treścią pisma dopiero w dniu 7 lutego 2011 roku. Sam odwołujący się w treści pisma z dnia 15 lutego 2011 roku podnosi, że oświadczenie lub zawiadomienie zostało złożone w terminie, jeżeli przed jego upływem doszło do adresata w taki sposób, że mógł się on

zapoznać z jego treścią. Z punktu widzenia skuteczności doręczenia nieistotne jest to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczające jest, że oświadczenie woli doszło do niego w sposób stwarzający mu realną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia (…) Możliwość taką miał odwołujący się już w dniu 4 lutego 2011 roku. Dla oceny sytuacji bez znaczenia jest również fakt, że zawiadomienia przesłano za pomocą faksu w dniu 4 lutego 2011 roku po godzinie 15.00, tj. po godzinach pracy odwołującego się. Z art. 111 § 1 K.c. wynika bowiem, iż dzień rozumiany jest jako doba. Liczy się go od północy do północy (*computatio civilis*) i obejmuje on 24 godziny.

138. Sygn. akt: KIO 264/11, Postanowienie KIO z dnia 23 lutego 2011 r.

Nowelizacja przepisów dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) zniosła dualizm w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania (przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wskazanej nowelizacji stanowiły, że: „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu" – art. 184 ust. 2 zd. 2) oraz wskazała nowego adresata odwołania – Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiąc, że ustawowy termin na wniesienie odwołania zostaje zachowany wyłącznie wtedy, gdy odwołanie w zakreślonym terminie wpłynie do Prezesa Izby, a więc jest faktycznie doręczone Prezesowi. Brak jest domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Ustawodawca zrezygnował z poprzedniego unormowania, więc jego celem było utożsamienie pojęcia „wniesienie odwołania" z jego doręczeniem.

139. Sygn. akt: XIX Ga 302/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 16 września 2010 r.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym orzeczeniu, iż obecne brzmienie art. 182 pzp (poprzednio kwestia ta była regulowana w art. 184 pzp) wskazuje na obowiązek wnoszącego odwołanie do dostarczenia odwołania do Prezesa Izby w terminie ustawowym wyznaczonym do jego wniesienia, a nadanie przesyłki w placówce operatora publicznego nie jest jednoznaczne z jego wniesieniem. Za stanowiskiem tym przemawia argument wskazany przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zmiana przepisu i rezygnacja z poprzedniego zapisu o takiej możliwości, pozwala na stwierdzenie, iż wolą ustawodawcy było przyspieszenie toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale nie poprzez skrócenie czasu do wnoszenia środka odwoławczego w postaci odwołania, ale konieczności jego dostarczenia do adresata przed upływem tego terminu. O kierunku tych zmian świadczą także inne nowe zapisy ustawy, na przykład rezygnacja z wnoszenia protestu i konieczności ustosunkowania się do niego przez zamawiającego. Choć ustawodawca nie dość konsekwentnie zaznaczył w zakresie wnoszenia odwołania do Prezesa Izby termin jego doręczenia adresatowi (art. 180 ust. 4 pzp), jak przykładowo uczynił to w stosunku do zamawiającego i wprost określił, iż musi on otrzymać i mieć możliwość zapoznania się z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia (art. 180 ust. 5 pzp), to jednak brak jest obecnie w treści przepisów o udzieleniu zamówienia publicznego wyraźnego zezwolenia na to, aby uznać za zachowanie tego terminu nadanie przesyłki u operatora publicznego, jak ma to miejsce w stosunku do wnoszenia skargi (art. 198b ust. 2 pzp). Nie można zgodzić się ze skarżącym, iż w odniesieniu do zachowania terminów składania środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia odpowiednie zastosowanie będą miały przepisy postępowania cywilnego. Oczywistym jest, iż jedynie w przypadkach, które nie zostały uregulowane w ustawie prawo zamówień publicznych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą toczonym na skutek wniesienia odwołania odpowiednie zastosowanie znajdą przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż prawo zamówień publicznych reguluje wyczerpująco kwestie wnoszenia środków odwoławczych w zakresie terminu i sposobu doręczenia uczestnikom. W odniesieniu do odwołania takim przepisem są

art. 180-182 pzp. Nie ma zatem potrzeby sięgania do innych regulacji, tym bardziej, iż procedura postępowania przed sądem polubownym nie odwołuje się do procedury sądowej i jest w znacznej mierze uzależniona od woli stron poddających się osądowi sądownictwu arbitrażowemu. W przepisach regulujących postępowanie przed sądem polubownym nie tylko nie ma stwierdzenia, na które powołuje się skarżący, o zastosowaniu przepisów postępowania sądowego w kwestiach nieuregulowanych, ale wręcz wprowadzono zapis o braku związania tego postępowania przepisami o postępowaniu przed sądem powszechnym (art. 1184 kpc). Powyższe argumenty nie pozwalają na dojście do wniosku, który stanowi podstawę skargi, iż termin do wniesienia odwołania zostaje zachowany również w razie złożenia go w placówce pocztowej, tak jak ma to miejsce w postępowaniu sądowym z mocy art. 165 kpc. Chybiony jest zarzut o naruszeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą rozporządzenia Prezesa [*Rady Ministrów – przyp. red.*] z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*Dz. U. Nr 48, poz. 280 – przyp. red.*]. Powołany akt prawny nie reguluje, i nie może regulować, kwestie dotyczące sposobu i terminów wnoszenia środków odwoławczych, gdyż materia ta pozostaje w gestii samej ustawy. Nie sposób także podzielić stanowiska skarżącego o decydującym znaczeniu w spornej kwestii użycia przez ustawodawcę słowa: „wnosi", a nie: „doręcza". Argument ten, bez innego oparcia w treści ustawy, nie może przesądzać o interpretacji przepisu. Poprzednio ustawodawca także użył sformułowania „wnosi", ale jednocześnie w tym samym przepisie uznał za stosowne wprowadzenie również regulacji o uznaniu złożenia odwołania w placówce operatora publicznego w terminie do wniesienia odwołania za dochowanie tego terminu. Przy nowelizacji zapis tej treści utrzymano w stosunku do skargi, pominięto jednak go w odniesieniu do odwołania.

140. Sygn. akt: V Ca 226/10, Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 września 2010 r.

Art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655, z późn. zm.) [*aktualnie t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*] dalej zwaną „ustawą" przewiduje możliwość wniesienia odwołania w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, to jest za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. Jak wynika z dokumentów zgromadzonych w sprawie zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 4 ustawy powiadomił o dokonaniu wyboru oferty. W stosunku do skarżącego uczynił to drogą faksową. Faks taki został mu przesłany w dniu 2 marca 2010 r. czego dowodem jest potwierdzenie transmisji faksu do skarżącego, gdzie wskazano, że transmisja zakończyła się wynikiem pozytywnym. Z akt sprawy nie można mieć najmniejszej wątpliwości co do okoliczności, że faks faktycznie dotarł do adresat. Nadto w dniu 2 marca 2010 r. zamawiający wysłał do skarżącego list zawierający informację o dokonaniu wyboru oferty. Należy też pamiętać, że termin pięciodniowy do wniesienia odwołania liczony winien być „od dnia przesłania informacji". W tej sytuacji zarzut w tym zakresie nie mógł zostać uwzględniony.

141. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r.

Nie ulega wątpliwości, że termin na wniesienie odwołania wynosił 5 dni, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p.). Trafnie też zauważył organ odwoławczy, że ustawą nowelizującą u.p.z.p. z 2.12.2009 r., skreślono art. 184 ust. 2 zd. 2. tej ustawy, według złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego było równoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu, w związku z czym w przepisach tej ustawy brakuje normy nakazującej traktowanie daty nadania odwołania w urzędzie pocztowym w sposób równoznaczny z dniem złożenia odwołania. Wbrew odmiennemu stanowisku skarżącego, znowelizowana u.p.z.p. nie odsyła też do przewidujących taki skutek przepisów k.c. i k.p.c. (…) Mając na względzie z jednej strony uchylenie przepisu art. 184 ust. 2 zd. 2 u.p.z.p., a z drugiej strony, wąski zakres odesłania w art. 185 ust. 7 u.p.z.p., uniemożliwiający odpowiednie stosowanie art. 165 § 2 k.p.c. i art. 13 § 2 k.p.c., należy stwierdzić, że

zarówno gramatyczna jak i systemowa wykładnia powyższych przepisów uzasadniają wniosek, że w świetle obowiązujących przepisów dniem wniesienia odwołania jest dzień doręczenia go Prezesowi Urzędu [*aktualnie Prezesowi Izby – przyp. red.*], nie zaś dzień nadania go w urzędzie pocztowym. Wydaje się, że celem takiej regulacji jest maksymalne usprawnienie postępowania odwoławczego, w związku ze specyfiką postępowania w sprawie zamówień publicznych, które powinno prowadzić do jak najszybszego rozstrzygnięcia sporu. Podchodząc zaś do rozpatrywanej kwestii w sposób praktyczny, w dobie współczesnych środków komunikacji spełnienie wymagania doręczenia odwołania Prezesowi Urzędu jest możliwe w tym samym dniu, w którym odwołanie jest sporządzone (podpisane), zaś w przypadkach szczególnych jest ono możliwe w następnym dniu po wniesieniu (podpisaniu) odwołania. Nie można zatem podzielić daleko idącego wniosku o sprzeczności rozważanej regulacji z zasadą zaufania obywateli do państwa.

Art. 185 ust. 2 i 3

142. Sygn. akt: X Ga 213/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r.

Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie nie dopuściła konsorcjum X do uczestnictwa w postępowaniu wywołanym wniesieniem odwołania przez konsorcjum Y. Okoliczność, że skarżący uczestniczył w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, w trakcie której poza wniesionym przez niego odwołaniem rozpoznawane było również odwołanie konsorcjum Y jest konsekwencją połączenia obu odwołań do wspólnego rozpoznania, które to, jako czynność techniczna, nie wpływa na zmianę statusu podmiotu w przypadku, gdy złożone przez niego przystąpienie okazało się nieskuteczne.

143. Sygn. akt: IX Ga 258/10, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 2 września 2010 r.

Skarżący twierdzi, że stał się uczestnikiem postępowania, gdyż w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wykonawców X (…) i Y (…). Nie wykazał jednak, aby jego pismo skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zawierające oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego wysłane pocztą w dniu 1 lipca 2010 r. (dołączone do skargi k-62) dotarło do adresata przed terminem rozprawy, tj. przed 7 lipca 2010 r. Faktyczne przekazanie pisma zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przed otwarciem rozprawy jest natomiast niezbędne, skoro w myśl art. 185 ust. 4 ustawy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy. Omawianej okoliczności przeczy treść protokołu rozprawy z dnia 7 lipca 2010 r., w którym nie zamieszczono żadnej wzmianki o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących X. Nadto, wg art. 185 ust. 2 ustawy koniecznym warunkiem skutecznego przystąpienia innego wykonawcy do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcom wnoszącym odwołanie. Faktu przesłania kopii pisma z 30.06.2010 r. [*Zamawiającemu – przyp. red.*] oraz X (…) Y (…). skarżący również nie udowodnił.

Art. 185 ust. 5

144. Sygn. akt: KIO 152/11, KIO 158/11, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2011 r.

Izba zważyła, że wynikający z art. 185 ust. 5 Pzp zakaz dokonywania przez uczestnika postępowania odwoławczego czynności sprzecznych z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, nie może powodować utraty możliwości obrony swoich praw w postępowaniu przez takiego uczestnika. *De lege lata* ustawa przewiduje możliwość zgłoszenia sprzeciwu wyłącznie przez uczestnika, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego i to jedynie w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Wskazać jednak należy, na realizowany w przepisach dotyczących wnoszenia środków ochrony prawnej postulat ich koncentracji, w szczególności na przesłanki odrzucenia odwołania zawarte w art. 189 ust. 2 Pzp. W konsekwencji przyjęcia, że wobec uznania części zarzutów przez zamawiającego odpada [*konieczność – przyp. red.*] ich badania, wykonawca zostałby pozbawiony możliwości obrony swoich praw w postępowaniu.

Art. 185 ust. 7

145. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r.

Zgodnie z art. 185 ust. 7 u.p.z.p. do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa się nie stanowi inaczej. Przepisy k.p.c. o sądzie arbitrażowym są zamieszczone w części piątej k.p.c. (art. 1154 k.p.c. i nast.). W przepisach tych brakuje regulacji stanowiących o doręczeniach dokonywanych sądowi polubownemu. Według art. 1184 k.p.c. zasady postępowania przed sądem polubownym wynikają bowiem zasadniczo z uzgodnień poczynionych przez strony. Do postępowania wywołanego wniesieniem skargi na czynność zamawiającego nie można stosować art. 165 § 2 k.p.c. (o treści odpowiadającej uchylonemu art. 184 ust. 2 zd. 2. u.p.z.p.), gdyż powołana norma art. 185 ust. 7 u.p.z.p. nie odsyła do przepisów k.p.c. o procesie (jak czyni to art. 13 § 2 k.p.c.), względnie do przepisów k.p.c. w ogólności, ale odsyła wyłącznie do przepisów k.p.c. o sądzie polubownym.

Art. 186 ust. 2

146. Sygn. akt: KIO 2779/10, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może" wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust. 1 Pzp Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Zamawiający jest zatem uprawniony do uwzględnienia zarzutów odwołania w każdym czasie. Wskazać też należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej, niż przepisy kodeksu postępowania cywilnego, nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Izba wskazuje, iż zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Analogicznie art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu w jaki Zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Skoro Zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania w całości to zobo-

wiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwne działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 2

147. Sygn. akt: KIO 192/11, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2011 r.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem rodzajowym, tj. określającym umocowanie do tego rodzaju czynności prawnej (art. 98 k.c.), której pełnomocnik może dokonać. W ocenie Izby, pełnomocnictwo udzielone tzw. liderowi konsorcjum, stosownie do wymogów art. 23 ust. 2 Pzp, „do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego", określa rodzaj czynności prawnych, jako czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym umocowuje pełnomocnika do wnoszenia odwołania. Zauważyć należy, iż postępowanie odwoławcze nie jest całkowicie odrębnym postępowaniem od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może wiązać się z koniecznością korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, to pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje też umocowanie do dokonania tego rodzaju czynności (do wniesienia odwołania), jednak z zastrzeżeniem, że nie nastąpiło odmienne uregulowanie tej kwestii, z którego wynika, iż dane pełnomocnictwo takich czynności prawnych nie obejmuje. W przedmiotowej sprawie odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika, na podstawie załączonego do odwołania pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2011 r. udzielonego mu przez lidera konsorcjum X S.A. „upoważniającego Pełnomocnika do jednoosobowego złożenia odwołania w imieniu Konsorcjum X S.A.[…]." Do odwołania załączono także pełnomocnictwo z dnia 2 listopada 2010 r., które zostało udzielone liderowi przez uczestników konsorcjum z powołaniem się na art. 23 ust. 2 Pzp – do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia oraz działania i podejmowania wszelkich czynności prawnych i faktycznych w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, jak również w imieniu każdego z uczestników konsorcjum z osobna. W treści ww. pełnomocnictwa jego zakres został dookreślony, przez wskazanie poszczególnych czynności, które zostały wymienione – jako objęte pełnomocnictwem „w szczególności". Wśród wymienionych czynności, do których dokonania upoważnia pełnomocnictwo – w szczególności, nie zostało wskazane umocowanie do wnoszenia odwołania, jako niewątpliwie jednej z bardziej istotnych czynności podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Czynności określone w pkt b ww. pełnomocnictwa (pierwszy wiersz, druga strona dokumentu) nie obejmują czynności wnoszenia odwołania. Przykładowo podane w tym punkcie czynności, wskazują, iż należy je rozumieć wyłącznie jako czynności w postępowaniu przed zamawiającym. Istotne znaczenie dla ustalenia zakresu ww. pełnomocnictwa ma fakt, iż w dniu 28 stycznia 2011 r. uczestnicy Konsorcjum udzielili liderowi X S.A. innego pełnomocnictwa, które umocowuje „do samodzielnego złożenia odwołania w imieniu Konsorcjum X S.A. na decyzję o odrzuceniu oferty niniejszego Konsorcjum z Postępowania", a którego kopię odwołujący złożył do akt sprawy w toku posiedzenia. Fakt ten w ocenie Izby potwierdza, że wykonawcy, udzielając X S.A. w dniu 2 listopada 2010 r. pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy, nie objęli tym pełnomocnictwem czynności wniesienia odwołania do KIO. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że pełnomocnictwo z dnia 2 listopada 2010 r. nie obejmuje umocowania X S.A. do wniesienia odwołania. Izba zważyła, że istotnym potwierdzeniem słuszności tej oceny jest okoliczność, że przed wniesieniem odwołania, w dniu 28 stycznia 2011 r. liderowi konsorcjum zostało udzielone odrębne pełnomocnictwo do wniesienia odwołania, które nie zostało do odwołania załączone. Zauważyć należy jednak, iż z treści pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2011 r. wynika,

że X S.A. nie posiada umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw do wniesienia odwołania, gdyż umocowanie takie nie zostało wyrażone w jego treści, zgodnie z art. 106 k.c.

148. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r.

Także zarzut wadliwego umocowania osoby wnoszącej odwołanie do KIO nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie wniósł bowiem aplikant adwokacki – Marcin K., posiadający stosowne pełnomocnictwo od Odwołującego. Przepisy postępowania w sprawach o zamówienia publiczne nie zawierają bowiem katalogu osób, które mogą być pełnomocnikami w postępowaniu przed KIO. Przepisy niniejsze odsyłają bowiem na mocy art. 185 ust. 7 Pzp w zakresie nie uregulowanym w ustawie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), a te nie zawierają kręgu osób mogących być pełnomocnikami. Dopiero w postępowaniu zainicjowanych skargą na orzeczenie KIO Sąd Okręgowy, rozpoznając sprawę stosuje przepisy o postępowaniu odwoławczym, gdzie już tylko określony krąg osób może reprezentować skarżącego. Zatem w związku z tym pełnomocnik odwołującego był umocowany do wniesienia odwołania do KIO.

149. Sygn. akt: III Ca 177/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 17 marca 2010 r.

W pierwszej kolejności Sąd nie podzielił stanowiska skarżącego, przedstawionego na gruncie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp [*aktualnie przepis zastąpiony przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. – przyp. red.*] Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu [*aktualnie instytucja protestu została zlikwidowana – przyp. red.*] wniesione bowiem zostało przez podmiot uprawniony, czyli X Spółkę Akcyjna, w (…). Fakt, że odwołanie w imieniu tej spółki podpisał pełnomocnik nie wpływa na zmianę tej oceny skoro legitymował się on prawidłowo wystawionym pełnomocnictwem rodzajowym. Niewątpliwie § 3 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) [*aktualnie zastąpione rozporządzeniem z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 280 – przyp. red.*] wymienia oryginalne pełnomocnictwo jako załącznik do odwołania, ale należy pamiętać, że z istoty pojęcia oryginału wynika, iż może on istnieć wyłącznie w jednym egzemplarzu. W przedmiotowej sprawie, oryginalne pełnomocnictwo zamieszczone na karcie 578 oferty spółki X upoważniało pełnomocnika do podejmowania szeregu czynności w imieniu tego wykonawcy. Wśród tych czynności było także wniesienie odwołania od rozpoznania, protestu [*aktualnie instytucja protestu została zlikwidowana – przyp. red.*] i popieranie tego odwołania przez Krajowa Izbą Odwoławczą. Pełne pełnomocnictwo wykraczające poza ramy postępowania odwoławczego siłą rzeczy nie mogło być wyłączone z oferty X i załączone od odwołania tej spółki ponieważ prowadziłoby to do podważenia legalności czynność, pojętych w postępowaniu ofertowym. W tej sytuacji należało uznać, że praktyka zastosowana przez X, polegająca na powołaniu się na oryginał pełnomocnictwa załączony do oferty była całkowicie prawidłowa, szczególnie że Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość zapoznania się z ofertą X i skontrolowania prawidłowości oryginalnego pełnomocnictwa. System prawa zamówień publicznych opiera się wprawdzie na dużym formalizmie, ale formalizm ten musi służyć określonym celom. W przypadku art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp [*aktualnie przepis zastąpiony przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. – przyp. red.*] chodzi o zapobieżenie wszczęcia postępowania odwoławczego przez podmiot nieuprawniony. W sytuacji objętej przedmiotowym stanem faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość kontroli pełnomocnictwa udzielonego przez X i dokonania oceny, czy odwołanie zostało złożone przez podmiot uprawniony. Czynności te były uprawnione bowiem w żaden sposób nie wpłynęły na przedłużenie postępowania odwoławczego lub wypaczenie jego celu. Dołączenie przez odwołującego do odwołania kopii pełnomocnictwa nie naruszyło przepisów dotyczących sporządzania odpisów dokumentów ponieważ – kopia pełnomocnictwa nie miała w tej sprawie zastąpić odpisu, a wyłącznie uwiarygodnić istnienie oryginału pełnomocnictwa, na który powoływał się odwołujący. Ponieważ Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość zba-

dania całej oferty X mogła też ocenić oryginał pełnomocnictwa. Oceny pełnomocnictwa nie zmienia także fakt zamieszczenia na jego kopii nadruku wskazującego, gdzie znajduje się oryginał. Oczywistym jest, że nadruk ten został wykonany po sporządzeniu kopii i nie mógł znajdować się na oryginale. Przy obecnych technikach poligraficznych sporządzenie takiego nadruku na kopii wykonanej z oryginału nie nastręcza żadnych trudności.

Art. 189 ust. 2 pkt 5

150. Sygn. akt: KIO 2795/10, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.

Zauważyć bowiem należy, iż w dniu 24 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia X (…) oraz Y wnieśli odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (obecnego Odwołującego), które Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła wydając wyrok z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2607/10 oraz 2613/10. Obecny Odwołujący przystąpił po stronie Zamawiającego do odwołania wniesionego przez ww. wykonawców. Izba w wyroku tym rozpoznawała zarzuty obecnego Odwołującego zawarte w przedmiotowym odwołaniu wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Obecny Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 [*Pzp – przyp. red.*] oraz art. 58 kc. Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2607/10 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W tym miejscu należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. rozpatrywała zarzuty postawione przez obecnego Odwołującego skierowane przeciwko czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Powyższe znalazło odbicie w treści sentencji Izby. Na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący nie kwestionował zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Przystępującego oferty w drodze skargi do sądu. Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stwierdził, że Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego (Z), wykonał te czynności zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 grudnia 2010 r. Ponadto Izba zauważa, iż wskazanie przez Odwołującego dodatkowej kwalifikacji prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 58 kc) w świetle argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu nie stanowi nowego zarzutu. Wobec zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co w świetle zaistniałego stanu faktycznego jest bezsporne Izba nie analizowała innych podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania. W związku z powyższym przyjęcie przedmiotowego odwołania do rozpatrzenia (w kształcie zarzutów w nim sformułowanych) prowadziłoby w konsekwencji do ponownej oceny okoliczności, co do których Izba wyrokowała już w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

151. Sygn. akt: KIO 2763/10, Postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2011 r.

(…) Izba stwierdziła, że pomiędzy treścią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a treścią pisma zatytułowanego „odwołanie", przekazanego zamawiającemu zachodzą istotne różnice. W pierwszej kolejności różnice te dotyczyły zakresu podniesionych zarzutów. W drugim z wymienionych pism pojawiły się bowiem, nie podniesione w pierwszym z nich, zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 oraz art. 87 ustawy Pzp. Po drugie, odrębności występowały również w zakresie wniosków (żądań) odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania. W drugim z wymienionych pism pojawiło się względem pierwszego dodatkowo żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i żądanie odrzucenia oferty wykonawcy (…) sp. z o.o. Po trzecie rozbieżności dotyczyły znacznych fragmentów uzasadnienia wniesionego odwołania. Zgodnie z art. 180

ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przekazanej kopii odwołania zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy pzp). Przepis art. 180 ust. 5 ustawy pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania", lecz nie ulega wątpliwości iż nie chodzi tu o identyczną formę lecz o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie zamawiającemu i Izbie pism o tej samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treść odwołania, należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*Dz. U. Nr 48, poz. 280 – przyp. red.*], które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi:

a) przedstawienie zarzutów,
b) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,
c) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania „tworzy" treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu pisma różniącego się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza, iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp., albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania.

152. Sygn. akt: V Ca 1051/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2011 r.

Jeśli odwołanie wpłynęło do KIO w terminie, to nie można przyjąć, iż doręczone tego samego dnia Zamawiającemu kopia odwołania nie została wniesiona w terminie, gdyż w czasie kiedy fax wpłynął, pracownicy zamawiającego już nie pracowali. Taka interpretacja prowadzi bowiem do skrócenia, poprzez faktyczne godziny pracy Zamawiającego, terminu do wniesienia środka zaskarżenia, co jest niedopuszczalne, gdyż o tym stanowić może tylko ustawa. Cyt. przepis wskazuje na obowiązek jednoczesnego ze złożeniem odwołania przekazania jego kopii wszystkim uczestnikom postępowania. Te dwie czynności muszą być do siebie maksymalnie czasowo zbliżone. Interpretacja zamawiającego oznacza praktycznie, że uczestnik postępowania miałby nie 5 – dniowy termin do złożenia odwołania, lecz termin 2/3-dniowy. Termin taki nie jest znany ustawie. Ryzyko, iż w czasie, kiedy kopia odwołania wpłynie do zamawiającego nie będzie nikogo w jego siedzibie, obciążać może wyłącznie zamawiającego, a nie odwołującego. To bowiem zamawiający decyduje o własnej organizacji pracy.

Art. 190 ust. 1

153. Sygn. akt: KIO 2807/10, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

Jeśli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, w postępowaniu przed Izbą znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Jeśli zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp) uzyskane wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne"*. Omawiany pogląd w zakresie ciężaru dowodu prezentował również Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej w wyroku z dnia 10 marca 2009 r. sygn. akt II Ca 88/09, kształtuje się on również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 17 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1068/08 oraz z 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1415/09. (…) Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Natomiast art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc, nie uznano za udowodnioną przez odwołującego tezy o wystąpieniu ceny rażąco niskiej – odwołujący nie przedstawił dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić stanowisko odwołującego i przyjąć jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej w stosunku do cen rynkowych. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty przystępującego jest nierealna w stosunku do opisanego przez zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku. Wyniki postępowania dowodowego nie wskazują na brak ekwiwalentności ceny oferty przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaoferowania wykonania zamówienia znacznie poniżej kosztów wytworzenia.

154. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r.

Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 188 ust. 4 pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie, polegającej na samodzielnym stwierdzeniu przez KIO (bez pomocy dowodu z opinii biegłego), iż oferta nie zawiera powierzchni zabudowy i danych do ustalenia wielkości kubatury oraz stwierdzeniu, że rozwiązania w strefie bagażowni odlotowej będą zakłócać prawidłowe funkcjonowanie portu lotniczego. Zarzut ten jest wadliwie sformułowany. Skoro skarżący zarzucają, że KIO nie dopuściła dowodu z opinii biegłego, mimo że zachodziła do tego podstawa, to naruszenie art. 188 ust. 4 pzp [*aktualnie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp – przyp. red.*] mogło polegać jedynie na niezastosowaniu tego przepisu. Pomijając tę wadliwość w sformułowaniu zarzutu Sąd Okręgowy przesądza, że KIO nie naruszyła w żadnej formie wskazanego wyżej przepisu. Skarżący nie złożyli wniosku o przeprowadzenie takiego dowodu przez KIO. Z przebiegu rozprawy w dniu 9 lutego 2010 r. nie wynika, aby dowód taki został złożony przez odwołujących się wykonawców. Żaden z zapisów protokołu rozprawy przed KIO nie wskazuje na taką inicjatywę skarżących wykonawców. Należy dodać, że skarżący wykonawcy byli reprezentowani przez kilku pełnomocników (w tym pełnomocników zawodowych). Wobec tego KIO nie miała żadnych podstaw do podjęcia inicjatywy dowodowej z urzędu (art. 188 ust. 1 pzp) [*aktualnie art. 190 ust. 1 Pzp – przyp. red)*]. Ponadto, trzeba zauważyć, że dowód taki może zostać dopuszczony z urzędu przez KIO tylko wówczas (art. 188 ust. 2 pzp) [*aktualnie art. 190 ust. 2 Pzp – przyp. red)*], kiedy ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Jak już powiedziano wyżej spór dotyczy oceny zawartości (kompletności) oferty i w tym sensie ustalenie stanu nie wymagało wiadomości specjalnych.

155. Sygn. akt: XIX Ga 248/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 lipca 2010 r.

Błędnie także przyjmuje skarżący, iż to na Krajowej Izbie Odwoławczej spoczywał obowiązek poszukiwania odpowiednich środków dowodowych w celu wyjaśnienia okoliczności

podnoszonych przez skarżącego. Ciężar dowodzenia nałożony został bowiem na stronę, która wywodzi z określonego faktu korzystne dla siebie skutki prawne z przeprowadzenia dowodów, dopiero wnioski takie, w tym wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, złożył w postępowaniu skargowym, co należy uznać za spóźnione w świetle art. 381 kpc w zw. z art. 194 ust. 4 pzp [*aktualnie art. 198a ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.*]. Skarżący, mimo, iż zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej brak przeprowadzenia postępowania dowodowego, nie wskazał, który z jego wniosków dowodowych został pominięty. Biorąc zatem pod uwagę, iż to na skarżącym ciążył obowiązek wykazania zasadności swoich zarzutów, KIO słusznie uznała niektóre okoliczności za niewskazane, co wpłynęło na oddalenie odwołania.

156. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r.

Gdyby jednak rozważać jeszcze na tym etapie postępowania przetargowego, podnoszoną okoliczność, którą jako jedyny powód uwzględnienia odwołania przyjęła KIO, że nie ma w ogóle możliwości uzyskania wymaganego zaświadczenia dla oferowanych tonerów równoważnych z uwagi na nieobjęcie tych urządzeń wskazanym certyfikatem ISO/IEC, to ciężar dowodu tej okoliczności spoczywałby nie na zamawiającym, który dysponuje niezakwestionowaną w odpowiednim czasie specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz na odwołującym jako wywodzącym ze stwierdzonego faktu skutki prawne – zgodnie ze wspomnianą regułą zawartą w art. 188 ust. 1 pzp [*aktualnie art. 190 ust. 1 – przyp. red.*], błędnie zastosowaną przez KIO. Przy tym właściwym, zaoferowanym przez odwołującego, dowodem byłby dowód z opinii biegłego, gdyż wyjaśnienie spornych okoliczności dotyczących zastosowania norm ISO/IEC do objętych zamówieniem urządzeń wymagałoby w tym przypadku wiedzy specjalnej (art. 188 ust 4 pzp [*aktualnie jest to art. 190 ust. 4 Pzp – przyp. red.*] – wersja jak wyżej). Brak takiego dowodu także powoduje, że nie jest możliwa ocena, że w tym sporze, w ramach rozważanej ewentualności, ma rację odwołujący.

157. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r.

Jak w każdym sporze strony muszą udowodnić swoje twierdzenia, ale w tej sprawie, ze względów wyżej opisanych, to na zamawiającym, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 kc, spoczywał ciężar dowodu, że produkt oferowany przez odwołującego się jako równoważny nie spełnia wymogów SIWZ i w związku z tym odrzucenie oferty było prawidłową czynnością zamawiającego. Wyjaśnienia, czy oprogramowanie Open Office PL 2009 Professional oferowane przez odwołującego może być w świetle warunków SIWZ potraktowane jako nierównoważne z powołanym w SIWZ przykładowo oprogramowaniem Microsoft Office Smali Bussines 2007 PL OEM mogła dostarczyć opinia biegłego, ponieważ niewątpliwie materia dotyczy dziedziny wymagającej wiedzy specjalnej. Zamawiający w tym kierunku wniosku dowodowego, ani w postępowanie przed KIO (pomimo obowiązku zgłaszania dowodów wynikającego z art. 190 ust. 1 pzp), ani nawet w skardze i przed Sądem Okręgowym nie zgłosił błędnie też przyjmując, jak wynika z treści wniesionej skargi, że ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Wyjaśnienia skarżącego i przystępującego, do których odnosi się skarga, nie stanowią dowodu stosownie do art. 190 ust 3 pzp, ale i w znaczeniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, mającego odpowiednie zastosowanie w sprawie (art. 391 § 1 kpc w zw. z art. 198a pkt 2 pzp).

Art. 190 ust. 3

158. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania. Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 188 ust. 6 [*aktualnie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp – przyp. red.*], art. 188 ust. 7 ustawy PZP [*aktualnie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp – przyp. red.*] poprzez bezzasadne przyjęcie, że cena zaproponowana przez X nie jest ceną rażąco niską

przy oparciu się jedynie na niepopartych dokumentami twierdzeniach zamawiającego, przy jednoczesnym odmówieniu przeprowadzenia dowodów zgłoszonych na tę okoliczność przez skarżącego. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Krajowa Izba Odwoławcza rozważając kwestię rażąco niskiej ceny oparła się na wyjaśnieniach X, złożonych w piśmie datowanym na 3 grudnia 2009 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przeprowadzonych (k. 125). Należy zauważyć, że powyższe wyjaśnienia są właściwym środkiem dowodowym w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy z dna 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) [*aktualnie Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*]. W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła art. 188 ust. 6 i 7 ustawy PZP [*aktualnie art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp – przyp. red.*], gdyż ocena rażąco niskiej ceny w ofercie X została dokonana z uwzględnieniem dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy. W tej sytuacji twierdzenia skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza oparła się wyłącznie na twierdzeniach zamawiającego jest gołosłowny i nie może być uwzględniony.

159. Sygn. akt: VII Ga 146/10 za, Wyrok SO w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r.

Jakkolwiek zaś brzmienie art. 190 ust. 3 ustawy PZP nie wprowadza katalogu zamkniętego środków dowodowych, wskazując jedynie, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych i przesłuchanie stron, a skład Orzekający Izby może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (art. 190 ust. 2 ustawy) to w świetle treści art. 185 ust. 2 ustawy regulującego zbliżoną do interwencji ubocznej z kodeksu postępowania cywilnego instytucję „przystąpienia" do postępowania odwoławczego, brak jest podstaw do uznania, by to przystąpienie stanowić miało środek dowodowy, który skład orzekający Izby miałby dopuścić z urzędu, w sytuacji gdy w następstwie niedopełnienia przez wykonawców formalnych przystąpień określonych w art. 185 ustawy przystępujący wykonawcy nie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 3 ustawy).

Art. 190 ust. 4

160. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r.

Kolejny zarzut dotyczący naruszenia przepisów postępowania dotyczy art. 188 ust. 4 [*aktualnie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp – przyp. red.*], art. 188 ust. 6 [*aktualnie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp – przyp. red.*], art. 188 ust. 7 ustawy PZP *[aktualnie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp – przyp. red.*] poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o powołanie biegłego, w sytuacji gdy wyjaśnienie okoliczności, że cena zaproponowana przez X jest ceną rażąco niską w związku ze wzrostem kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz kosztów energii wymagało posiadania wiadomości specjalnych, zwłaszcza, że dokumenty dotyczące technologii X znajdowały się w aktach postępowania wraz z ofertą tego wykonawcy. W ocenie Sądu Okręgowego powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że kwestia rażąco niskiej ceny należy do oceny prawnej i jej rozstrzygnięcie zasadniczo nie wymaga wiadomości specjalnych. W związku z powyższym Sąd Okręgowy również oddalił ten wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że ceny stosowane przez X są cenami rażąco niskimi w związku ze wzrostem kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz kosztów energii, gdyż rozstrzygnięcie tej kwestii nie wymaga wiadomości specjalnych tym bardziej, że skarżący nie wskazał jakich konkretnie wiadomości specjalnych wymagałoby ustalenie, że cena jest rażąco niska. Oceny rażąco niskiej ceny sąd dokonuje na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP. Wynika to ze specyfiki spraw z zakresu zamówień publicznych. Należy zauważyć, że przedmiotowa sprawa nie odbiega stopniem skomplikowania od innych tego typu spraw. Przyjęcie, że rozstrzygnięcie rażąco niskiej ceny

w niniejszej sprawie wymaga wiadomości specjalnych oznaczałoby, że właściwie w każdej sprawie z zakresu zamówień publicznych wymagana byłaby opinia biegłego. Tymczasem ustalenia w tym zakresie sprowadzają się do zwykłej analizy ofert konkurentów przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego.

Art. 190 ust. 6

161. Sygn. akt: V Ca 1468/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r.

Zgłoszony przez odwołującego w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2010 r. (k 218-219) wniosek o dopuszczenie dowodu z okazania przedmiotowych programów w działaniu został oddalony przez Sąd Okręgowy, ponieważ nie rozwiałby wątpliwości w zakresie wymagającym wyjaśnienia, tj. z dziedziny wiedzy specjalnej dotyczącej oprogramowania (pakiet oprogramowania biurowego) w kontekście spornej w niniejszej sprawie kwestii równoważności. Drugi z wniosków dowodowych w tym piśmie – o dopuszczenie dowodu z przykładowych zapisów innych specyfikacji dotyczących wymogów, jakie mają spełniać zamówione programy komputerowe – również oddalono jako nieprzydatny z tych samych powodów.

Art. 190 ust. 7

162. Sygn. akt: X Ga 44/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Po dokonaniu analizy toku postępowania oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wraz z jego pisemnym uzasadnieniem nie stwierdzono zasadności podnoszonych przez skarżącego zarzutów naruszenia prawa materialnego. Odwołanie skarżącego przez Krajową Izbę Odwoławczą zostało zbadane w sposób prawidłowy, rzetelny i pełny. Skład orzekający Izby dokonał prawidłowych ustaleń zarówno w zakresie stanu faktycznego, jak i prawnego, a to na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, który poddano logicznej ocenie należy podkreślić, że uzasadnienie wyroku sporządzone przez Krajową Izbę Odwoławczą pozwala Sądowi Okręgowemu na dokładną kontrolę prawidłowości skarżonego rozstrzygnięcia. Przed przystąpieniem do oceny poszczególnych zarzutów zawartych w skardze należy przypomnieć, że sąd rozpoznający skargę winien zajmować się wyłącznie oceną, argumentów, które były przedmiotem protestu, następnie oddalenia protestu [*aktualnie instytucja protestu nie funkcjonuje – przyp. red.*] przez zamawiającego, a także odwołania od oddalenia protestu. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 198 ust. 4 ustawy Pzp [*aktualnie: art. 198f ust. 4 ustawy Pzp – przyp. red.*] Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu, o zatem Sąd rozpoznający skargę winien zajmować się wyłącznie oceną, tych argumentów i zarzutów wraz z ich uzasadnieniem, które zostały podtrzymane i wyartykułowane w skardze, a jednocześnie były przedmiotem protestu i oddalenia protestu. Co do zarzutu i argumentacji dotyczącej naruszenia art. 188 ust. 7 ustawy Pzp [*aktualnie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp – przyp. red.*], co też skarżący upatrywał w pominięciu argumentów podniesionych w odwołaniu oraz wyciągnięciu z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania tu należy zauważyć, że w tym kontekście należy zastosować reguły zawarte w art. 233 kpc, a skuteczne postawienie zarzutu naruszenia prawidłowości w ocenie dowodów wymaga wykazania, że uchybiono wskazanym zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, a więc, że zaprezentowana przez organ orzekający ocena jest dowolna, a nie swobodna. Zarzut naruszenia zasad oceny dowodów i wyciągania z nich poprawnych zarówno logicznie, jak i jurydycznie, wniosków nie może polegać wyłącznie na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, ustaleń stanu faktycznego i ocen ich konsekwencji, lecz konieczne jest, posługując się argumentami wyłącznie prawnymi wykazywanie, że kryteria oceny wiarygodności i mocy dowo-

dów zostały naruszone, jak też, że miały wpływ na wynik sprawy, Skarżący nie przytoczył jednak żadnego argumentu, który by świadczył, że Krajowa Izba Odwoławcza przekroczyła zasadę swobodnej oceny dowodów i nie obalił logiczności zaprezentowanych wywodów, dlatego zarzut ów uchylał się spod kontroli sądu.

163. Sygn. akt: XII Ga 231/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 czerwca 2010 r.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów naruszenia przepisów postępowania stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 188 ust. 7 PZP [*aktualnie jest to przepis art. 190 ust. 7 – przyp. red.*] jest niezasadny. W ocenie Sądu Okręgowego KIO dokonała w przedmiotowej sprawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i nie przekroczyła swobodnej oceny dowodów. Wskazać należy, że zarzut naruszenia uprawnienia KIO do oceny wiarygodności i mocy dowodowej zebranego materiału dowodowego według własnego przekonania może być uznany za zasadny tylko wtedy, gdy KIO zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki, bądź z zasadami doświadczenia życiowego. Jeżeli natomiast z określonego materiału dowodowego KIO wyprowadzi wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów, choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Tylko w przypadku wykazania, że brak jest powiązania, w świetle kryteriów wyżej wzmiankowanych, przyjętych wniosków z zebranym materiałem dowodowym, możliwe jest skuteczne podważenie oceny dowodów dokonanej przez KIO. W przedmiotowej sprawie KIO poddała ocenie materiał dowodowy w sprawie i ustaliła na podstawie świadectwa nr T/2007/0136 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego w dniu 23 lipca 2007 roku przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, że X w (…) jest producentem pojazdów kolejowych typu 14 WE. KIO stwierdziła przy tym, że w wymienionym świadectwa X został określony jako producent pojazdów kolejowych, nie ma natomiast żadnej wzmianki o tym, że X występowałby w innym charakterze niż producent pojazdu, np. jako dostawca lub podmiot wykonujący remont. KIO zważyła ponadto, że świadectwo nr T/2007/0136 wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego jest dokumentem urzędowym, a więc stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Dokonana w ten sposób przez KIO ocena dowodów nie odznacza się brakiem logiki, ani nie uchybia zasadom doświadczenia życiowego. Uznać więc należy, iż jest prawidłowa. Wskazać także należy, iż skarżący w toku postępowania nie kwestionował prawdziwości (autentyczności) świadectwa nr T/2007/0136, a ze świadectw dopuszczenia do eksploatacji typowego elementu kolejowego nr T/2004/195, nr T/2005/963/EL, nr T/2002/0188/EL, nr T/2005/963-1/05-081 oraz treści pisma prof. hab. Andrzeja Ch. nie można w sposób nie budzący wątpliwości dowieść, że X nie jest producentem pojazdu kolejowego 14WE. Nie można więc przyjąć, że skarżący w toku postępowania skutecznie zakwestionował świadectwo nr T/2007/0136 i tego co zostało w nim podane.

Art. 191 ust. 2

164. Sygn. akt: V Ca 3036/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r.

Nie budzi wątpliwości, że Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła się również naruszenia przepisu art. 191 ust. 2 p.z.p. Uwzględniła i wzięła bowiem za podstawę rozstrzygnięcia stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zarzucana sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi wówczas, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy dowodami zgromadzonymi w sprawie, a konkluzją, do jakiej doszła Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie materiału dowodowego i obejmuje także błędy popełnione przy ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Skarżący nie wykazał natomiast, aby takie naruszenie miało miejsce.

Art. 192 ust. 3 pkt 3

165. Sygn. akt: XII Ga 262/10, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 10 września 2010 r.

Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie – z uwagi na jej okoliczności – nie znalazł podstaw do merytorycznego rozpoznania wniesionej skargi w kierunku wskazanym w zmodyfikowanym wniosku procesowym. Skarżący domagał się bowiem, aby Sąd stwierdził naruszenie przepisów ustawy, wobec zawarcia umowy, w oparciu o przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p. Istotnie wskazany przepis stosuje się z mocy art. 198f ust. 2 zdanie 3 p.z.p. odpowiednio również w postępowaniu skargowym, ale nie mógł on znaleźć zastosowania, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Po pierwsze zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołującego wykonawcy i dokonał ponownego wyboru ofert, wybierając ofertę odwołującego, a po dokonanym ponownym wyborze oferty, a, co do której to czynności nie zostało wniesione odwołanie, zawarł z odwołującym umowę, która na dzień orzekania przez Sąd Okręgowy została już wykonana. Powtórzona przez zamawiającego czynność nie była przedmiotem postępowania odwoławczego, a w ocenie Sądu Okręgowego zastosowanie w postępowaniu skargowym przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p. wymaga uprzedniego wdrożenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do powtórnej czynności zamawiającego co w sprawie nie zaistniało. Bezprzedmiotowe jest natomiast orzekanie o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy skoro zamawiający przez uwzględnienie w całości zarzutów odwołującego przyznał się do popełnionych wadliwości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i usnął te wadliwości przez ponowienie kwestionowanej przez odwołującego czynności. W sytuacji, kiedy zamawiający dokonał powtórnego wyboru oferty, bezprzedmiotowe jest orzekanie o naruszeniu przepisów ustawy przy pierwszym wyborze oferty. Po drugie przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p. służy wytykaniu naruszeń przepisów ustawy popełnionych przez zmawiającego, a nie przez inne podmioty. Przedmiotem skargi nie są uchybienia zamawiającego, ale uchybienia proceduralne popełnione przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym i naruszenie przepisów ustawy i przepisów aktu wykonawczego przez tą Izbę, a nie przez zamawiającego. A zatem przedmiot skargi wyklucza w niniejszej sprawie zastosowanie przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p.

Art. 192 ust. 7

166. Sygn. akt: V Ca 655/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 lipca 2010 r.

Słusznie podnosi w uzasadnieniu skargi zamawiający, że KIO z naruszeniem art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp przyjęła, iż nieuzasadnione było żądanie skarżącego zamawiającego dołączenia jako dokumentu potwierdzającego spełnienie przez wykonawcę-odwołującego się zaświadczeń podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane produkty równoważne będące, przedmiotem dostawy, spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Należy bowiem zwrócić uwagę, że protest [*instytucja protestu aktualnie nie obowiązuje – przyp. red.*], od którego odwołanie rozpoznała KIO, dotyczył czynności zamawiającego w postaci wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp [*aktualnie tej regulacji odpowiada art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – przyp. red.*] z postępowania Przedsiębiorstwa Wielobranżowego X z siedzibą w B. wobec tego, że mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia dokumentów dotyczących materiałów zaoferowanych w pkt 14, 18 i 20 w wyznaczonym terminie wykonawca ten ich nie dostarczył; następnie jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, co też było objęte protestem [aktualnie tylko odwołanie – przyp. red.]. Tymczasem KIO w zaskarżonym wyroku rozpoznając odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dokonuje oceny czynności nie objętej protestem, sprzecznie z art. 184 pzp [*aktualnie tej regulacji odpowiada art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – przyp. red.*], bowiem odnosi się do znaczenia postanowień SIWZ kwestionując ich skuteczność. Nadto

ciężarem dowodu prawidłowości tych postanowień obarcza zamawiającego – z naruszeniem art. 188 ust. 1 (w powołanej wyżej wersji) pzp [*aktualnie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.*].

Art. 192 ust. 9 i 10

167. Sygn. akt: KIO 16/11, Postanowienie KIO z dnia 17 stycznia 2011 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10, 187 ust. 8 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 1 pkt 3 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). Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku – zgłoszonego przez pełnomocnika X z siedzibą w B. – o zasądzenie od Odwołującego na rzecz zgłaszającego przystąpienie kwoty 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania. Uwzględnienie wniosku kosztowego złożonego przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, który stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego możliwe jest zgodnie z § 5 ust. 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) jedynie w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

168. Sygn. akt: X Ga 42/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 9 marca 2010 r.

W uzasadnieniu skargi zamawiający wskazał, że reprezentujący zamawiającego radca prawny Anna K. jest zatrudniona w Kancelarii M., którą prowadzi w formie jednoosobowej działalności gospodarczej radca prawny Jacek R. Również w treści pełnomocnictwa zostało wskazane, że udzielone ono zostało radcy prawnemu Annie K. Kancelarii Prawnej M. (k. 26-30). Zgodnie z art. 191 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych [*aktualnie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp – przyp. red.*] (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28 stycznia 2010 r.: Dz. U. 2009.223.1778) strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 18 lipca 2007 r.) [*aktualnie § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.*] do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł. Jak wynika z akt sprawy pełnomocnik zamawiającego radca prawny Anna K. jest radcą prawnym zatrudnionym w Kancelarii Prawnej M. na podstawie umowy o pracę. Dla tego radcy prawnego zostało udzielone pełnomocnictwo ze wskazaniem, że Anna K. jest radcą prawnym w Kancelarii Prawnej M. (k. 18 oraz pełnomocnictwo z dnia 11 stycznia 2010 r. w aktach sprawy KIO). Faktura złożona do sprawy została wystawiona przez Kancelarię Prawną M. (w aktach sprawy KIO) i została podpisana przez osobę upoważnioną do wystawienia w imieniu Kancelarii Prawej M. faktury radcę prawnego Jacka R. Z treści faktury wynika, że dotyczy ona zastępstwa prawnego w rozstrzyganej sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie ulega wobec tego wątpliwości Sądu Okręgowego, że faktura złożona do akt sprawy jest rachunkiem obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika ustano-

wionego przez Zamawiającego. Skoro faktura została wystawiona na kwotę 3.600 zł, o zwrot takiej kwoty wniósł zamawiający, a kwota ta nie jest wyższa niż przewidziana w § 4 ust. 1 pkt 2b ww. rozporządzenia [*jak wyżej – przyp. red.*] to zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w takiej kwocie na rzecz zamawiającego był uzasadniony. Na podstawie art. 194 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązanym przed 29 stycznia 2010 r.) [*aktualnie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.*] w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2009 r.) w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2b w/w rozporządzenia [*jak wyżej – przyp. red.*] Sąd Okręgowy zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że zasądził od odwołującego się na rzecz zamawiającego 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

169. Sygn. akt: X Ga 254/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r.

Nie jest trafny zarzut skarżącego, iż w niniejszej sprawie nie było podstawy do obciążenia skarżącego – przegrywającego spór – pełnym wpisem określonym w § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa RM z 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczymi sposobu ich rozliczania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.*]. Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że żadna norma wskazanego rozporządzenia nie przewiduje ograniczenia wysokości przedmiotowego wpisu w zależności od sposobu rozstrzygnięcia sporu przez Izbę. Niewątpliwie Izba wydała postanowienie o odrzuceniu odwołania, które rozstrzygnęło przedmiotowe odwołanie, ponosząc w związku z tym koszty obsługi postępowania odwoławczego; również koszty szkoleń członków Izby (§ 3 pkt 1a powołanego rozporządzenia Prezesa RM z 15.03.2010 r.) zostały poniesione w związku z rozpatrywaniem przez nich odwołań, bez względu na to, czy orzeczenie w konkretnym przypadku ma charakter merytoryczny (oddalenie odwołania), czy formalny (odrzucenie odwołania). Zgodnie z wyraźnym brzmieniem § 4 przedmiotowego rozporządzenia wpis od odwołania zwraca się jedynie w razie zwrotu odwołania, nie zaś w przypadku odrzucenia odwołania. Kwestia kosztów postępowania jest uregulowana w sposób wyczerpujący w u.p.z.p. i wskazanym wyżej rozporządzeniu. Brakuje zatem podstaw do uzupełniającego lub analogicznego stosowania regulacji zawartej w ustawie z 28.7.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

170. Sygn. akt: X Ga 241/10za, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 24 listopada 2010 r.

Z uregulowań określonych przepisem § 5 ust. 3 pkt 1) i 2) [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.*] wynika zatem, iż także w wypadku odrzucenia odwołania odwołujący traktowany jest jako strona przegrywająca postępowanie. Przepisy ustawy oraz wydanego rozporządzenia nie przewidują możliwości zwrotu wpisu w przypadku odrzucenia odwołania (jak ma to miejsce na przykład w przypadku zwrotu opłaty w razie odrzucenia pisma, przed jego wysłaniem innym stronom w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – art. 79 ust. 1 pkt 1b). Z przyczyn opisanych wyżej odwołujący traktowany jest jak przegrywający postępowanie odwoławcze bez względu na to, czy skarga nie została uwzględniona z przyczyn formalnych i nastąpiło jej odrzucenie, czy też nie zostały uznane za zasadne jej zarzuty. Poprzednio obwiązujące przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania w § 4 ust. 4 przewidywały możliwość nie tylko zwrotu wpisu ale i jego podwyższenia w zależności od tego, czy koszty ponoszone przez Urząd były wyższe czy też niższe od kwoty wpisu. Rozporządzenie

mające zastosowanie do odwołania wniesionego przez skarżącego takiej możliwości nie przewiduje stąd nie mogło odnieść skutku żądanie zwrotu części wpisu, której zresztą sam skarżący nie określił ani nie wskazał w oparciu o jakie przesłanki określenie żądanej części wpisu miałoby nastąpić. Przesłanki pozwalające na ustalenie ewentualnego zwrotu części wpisu nie zostały określone także z zapisach rozporządzenia.

171. Sygn. akt: XII Ga 570/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 10 grudnia 2010 r.

Nie może się również ostać zarzut zasądzenia niezasadnie przez KIO na rzecz zamawiającego kosztów przelotu samolotem celem uczestnictwa w rozprawie przed KIO. Rozprawa została wyznaczona w dniu 08 września 2010 r. o godzinie 10.00. Należy zaznaczyć, iż skarżący kwestionując zwrot kosztów przelotu samolotem, nie wskazał jednocześnie w jakich godzinach w tym dniu kursowały pociągi na trasie Gdynia – Warszawa i czy z zachowaniem niezbędnej rezerwy czasowej na nieprzewidziane okoliczności zamawiający mógłby z nich skorzystać. Sądowi z urzędu wiadomo, iż czas przejazdu najszybszego pociągu na trasie Gdynia – Warszawa, to jest Intercity w rzeczywistości jest dłuższy niż wynika to z rozkładu jazdy z uwagi na prowadzone roboty kolejowe i wynosi około 7 godzin. Doliczając czas konieczny na dotarcie z dworca PKP do siedziby KIO oraz rezerwę czasową na nieprzewidziane zdarzenia i opóźnienia, zmuszałoby to zamawiającego do podróżowania przez znaczną część nocy lub przyjazdu dzień wcześniej i skorzystania z noclegu w hotelu, co zapewne podrożyłoby koszty dojazdu. Powyższe uwagi należy również odnieść do sugerowanej podróży samochodem. Pozostaje poza sporem, iż reprezentowanie interesów danego podmiotu w postępowaniu przed KIO jest pracą koncepcyjną i jako taka wymaga zapewnienia odpowiednich warunków jej wykonania. Wszczynając spór skarżący musi liczyć się z koniecznością poniesienia kosztów postępowania w razie przegranej.

Art. 196 ust. 1

172. Sygn. akt: XII Ga 231/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 30 czerwca 2010 r.

Jako chybiony uznać również należy zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 PZP [*aktualnie art. 196 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.*]. Stwierdzić należy, iż niepoprawnie sporządzone uzasadnienie wyroku nie przekłada się automatycznie na wadliwość rozstrzygnięcia. Zarzut naruszenia przedmiotowego przepisu ma uzasadnione podstawy tylko w takich wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia rozstrzygnięcia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny prawidłowości wywodu, który doprowadził do wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie wyroku sporządzone przez KIO w przedmiotowej sprawie nie zawiera takiego uchybienia.

Art. 198a ust. 1

173. Sygn. akt: X Ga 558/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 16 marca 2010 r.

W postępowaniu, które toczy się przed Sądem Okręgowym na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy stosuje przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 198a ust. 2 – Prawo zamówień publicznych) i pełni funkcję Sądu II instancji. W postępowaniu toczącym się w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, stosuje się jednak modyfikację wynikającą ze szczególnej regulacji w/w ustawy, Sąd II instancji nie może np. uchylić rozstrzygnięcia Izby i przekazać sprawy do ponownego rozpoznawania. Wyjaśnienie to ma szczególne znaczenie, bowiem postępowanie skargowe zamyka się w ramach działania Sądu Okręgowego, postanowienie w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych wydane przez Sąd Okręgowy jest niezaskarżalne.

174. Sygn. akt: X Ga 213/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2010 r.

Przewidziana przez ustawodawcę procedura badania dopuszczalności przystąpienia nie została uchwalona „przypadkowo" ma na celu weryfikację zgłoszenia udziału w sprawie i przyznania zgłaszającemu statusu uczestnika. Badanie podejmowane przez Izbę dokonywane jest z urzędu, niezależnie od stanowiska stron i obejmuje nie tylko formalną stronę zgłoszenia, ale i interes przystępującego. W statusie uczestnika dopuszczonego do udziału zauważyć można pewne podobieństwa do interwencji ubocznej przewidzianej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, po oddaleniu opozycji zgłoszonej przez stronę. W tym przypadku bowiem strona (odwołujący i zamawiający) nie ma możliwości zakwestionowania udziału uczestnika w postępowaniu, może on również wnieść skargę do sądu powszechnego. Tym samym należy również stwierdzić, że w przypadku niedopuszczenia przez skład Krajowej Izby Odwoławczej podmiotu zgłaszającego swój udział w postępowaniu, nie może on skutecznie zaskarżyć rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim wydane zostało w postępowaniu, którego nie był uczestnikiem.

175. Sygn. akt: XIX Gz 455/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 14 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła uwzględnić opozycję przeciwko dopuszczeniu X do udziału w postępowaniu odwoławczym z racji nie spełnienia przesłanek przystąpienia zawartych w art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, tj. braku wpłynięcia zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Izby w ustawowym terminie 3 dni. Zgłoszenie winno wpłynąć do Prezesa Izby. Zgłoszenie przystąpienia zamawiającemu oraz nadanie go w placówce pocztowej operatora publicznego w terminie ustawowym nie stanowi wypełnienia przesłanek ustawowych (str. 3-4 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 22.09.2010 r.). Pismem z dnia 29 września 2010 r. wykonawca X wniósł zażalenie na postanowienie KIO w przedmiocie wykluczenia go z udziału w postępowaniu odwoławczym, wskazując jako podstawę wniesienia tego środka przepis art. 1159 § 2 k.p.c. w zw. z art. 394 § 1 pkt 3 k.p.c. Domagał się uchylenia zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania ewentualnie unieważnienia czynności dotyczących odmowy przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. (…) Zażalenie jako niedopuszczalne podlega odrzuceniu. Wskazać przede wszystkim należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych samodzielnie i wyczerpująco określają środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom, uczestnikom konkursu i innym podmiotom, jeżeli mają lub mieli interes w uzyskaniu danego zamówienia lub ponieśli lub mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 Pzp). Do tych środków ochrony prawnej należą wyłącznie odwołanie (art. 180 Pzp) od czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego oraz skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a Pzp). Tak więc ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia zażalenia na jakiekolwiek postanowienie KIO, wskazując jako jedyny środek ochrony prawnej – skargę do sądu. Z kolei przepis art. 185 ust. 4 zdanie czwarte Prawa zamówień publicznych jednoznacznie stanowi, że „na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga". Dopuszczalności wniesienia zażalenia na postanowienie KIO uwzględniające opozycję nie można też wywodzić – jak czyni to żalący – z treści art. 1159 § 2 k.p.c. Przepis ten stanowi, iż „na postanowienie sądu przysługuje zażalenie w wypadkach wskazanych w ustawie", przy czym podkreślenia wymaga, iż chodzi tu o sąd powszechny (państwowy), a nie sąd polubowny (arbitrażowy). Chodzi tu zatem o takie czynności, które wymagają zastosowania aparatu przymusu państwowego (i to w ograniczonym zakresie), do których sąd polubowny nie jest uprawniony. Zawarte w art. 185 ust. 7 Pzp odesłanie do odpowiedniego stosowania w postępowaniu odwoławczym przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej, oznacza tylko tyle, że Krajowa Izba Odwoławcza jako organ uprawniony do rozpoznania i rozstrzygania

odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 Pzp) z prawnego punktu widzenia ma charakter zbliżony do sądu polubownego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do przypisania KIO statusu sądu powszechnego, o którym mowa we wskazywanym przez żalącego się przepisie art. 1159 k.p.c.

Art. 198a ust. 2

176. Sygn. akt: VII Ga 28/10 „za", Wyrok SO w Kielcach z dnia 26 marca 2010 r.

Skoro przepis rozdziału 4 Działu VI ustawy nie zawierają odmiennych uregulowań w tym zakresie to do postępowania w sprawach toczących się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepis art. 381 k.p.c. stanowiący, że Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. W przedmiotowym przypadku skarżący nie wskazał natomiast na żadne przeszkody, które uniemożliwiły mu wnioskowanie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie ma też podstaw, by uznać że potrzeba powołania takiego dowodu wynikała dopiero w postępowaniu ze skargi. Po rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej spór sprowadza się do wyłącznie oceny, czy zaproponowany w ofercie złożonej przez skarżącego Wykonawcę zestaw hydroforowy jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do urządzenia przewidzianego w dokumentacji technicznej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek niewątpliwie ustalenie tej kwestii wymaga wiadomości specjalnych to zauważyć należy, że stosownie do treści 188 ust. 1 ustawy PZP [*aktualnie jest to art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.*] to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą, skutki prawne przy czym dowody te mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławcza. Poza sporem jest okoliczność, że skarżący w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dowodu takiego nie wnioskował. Za dowód taki nie może być uznane złożone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą pismo mgr inż. Józefa W. z 19.01.2010 r. Niezależnie bowiem od tego, że pismo to nie może być uznane za opinię biegłego, nawet o charakterze opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie skarżącego to jego treść nie zawiera odpowiedzi na zasadnicze pytanie, czy urządzenia zaproponowane przez wykonawca mogą być uznane za równoważne w stosunku do przyjętych w projekcie. Zapis art. 188 ust. 2 ustawy PZP [*aktualnie art. 190 ust. 2 – przyp. red.*] (stanowiący, że Krajowa Izba Odwoławcza może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę nie oznacza w świetle treści cyt. uprzednio ust. 1 art. 188 ustawy [*aktualnie art. 190 ust. 1 – przyp. red.*], że Krajowa Izba Odwoławcza ma obowiązek dopuszczenia dowodu z urzędu, a jego niedopuszczenie z urzędu może stanowić skuteczny zarzut skargi. Zapis ust. 4 art. 188 [*aktualnie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp – przyp. red*] ustawy natomiast winien być odczytywany w kontekście całego art. 188 w szczególności w kontekście ust. 1 i 3 ustawy jako przepis o charakterze procesowym odnoszący się do przeprowadzania dowodu z opinii biegłych.

177. Sygn. akt: X Ga 44/10, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Skarżący zarzucał, że Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Brak sprecyzowania tego zarzutu spowodował jednak, że Sąd Okręgowy nie mógł się do niego odnieść merytorycznie. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym treść art. 196 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym skarga musi czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o zmianę orzeczenia w całości lub w części, przy czym w tym zakresie poprzez normę zawartą w art. 194 ust. 2 Pzp do postępowania toczącego się na skutek skargi należy stosować odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilne-

go o apelacji. W tym też kontekście należało zauważyć, iż zgodnie z utartym poglądem doktryny zarzuty takie winny być podane i uzasadnione przez skarżącego na tyle szczegółowo, aby sąd drugiej instancji mógł przeprowadzić postępowanie w odpowiednim kierunku oraz, by zarzucone przez skarżącego wadliwości postępowania lub wyroku stanowiły właściwe uzasadnienie wniosków apelacyjnych (T. Ereciński, Apelacja w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2009. s. 77-78). Warto również zwrócić uwagę na wykształconą w tym zakresie linię orzecznictwa wyrażoną m.in. w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 15 kwietnia 2008 r. (I ACa 224/ 08 LEX nr 465084), w którym wskazano, że prawidłowe przedstawienie „zarzutów" w rozumieniu art. 368 § 1 kpc wymaga spełnienia kumulatywnie dwóch przesłanek, tj. skarżący musi określić na czym polegał błąd pojmowany jako uchybienie zasadom prawidłowego prowadzenia postępowania, określonym w przepisach prawa procesowego, bądź błąd przy wyrokowaniu, polegający albo na błędach w zakresie ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, albo też na niewłaściwym zastosowaniu lub wykładni prawa. Nadto winien powiązać zarzucany Sądowi błąd z przebiegiem postępowania, stanowiącym jego wynik orzeczeniu lub z treścią jego uzasadnienia. Dowolność w formułowaniu zarzutów apelacyjnych ma zatem pewne granice. W konsekwencji mając na uwadze normę zawartą w art. 378 § 1 kpc od Sądu drugiej instancji nie można wymagać wdawania się w szczegółową polemikę z uzasadnieniem apelacji (tu odpowiednio skargi). Reasumując Sąd Okręgowy nie miał nawet możliwości ustosunkowania się do w/w dwu zarzutów sformułowanych w skardze, które z jednej strony uchylały się spod kontroli instancyjnej, o czym powyżej już była mowa, a z drugiej nie zostały przez skarżącego w sposób właściwy uzasadnione. Skarżący zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez, w jego ocenie, błędną interpretację oraz nieuprawnione przyjęcie, iż Zamawiający uczynił zadość wyrażonej w powyższym przepisie zasadzie nie wyjaśnił na czym owo uchybienie miało polegać. Nadto analiza odwołania skarżącego wraz z jego uzasadnieniem pozwala na konstatację, iż w istocie również na tym etapie postępowania podniósł on ww. zarzut całkowicie pomijając argumentację mającą służyć wykazaniu zasadności omawianego zarzutu. Brak możliwości powiązania omawianego zarzutu z treścią uzasadnienia skargi nie może prowadzić, w ocenie Sądu Okręgowego, do sytuacji, w której Sąd odwoławczy będzie inicjował postępowanie wyjaśniające co do rzeczywistych intencji skarżącego w powiązaniu ze złożonym środkiem zaskarżenia, i podniesionymi zarzutami. Jedynie analiza treści protestu [*instytucja protestu aktualnie nie obowiązuje – przyp. red*] skarżącego pozwala na doszukanie się przyczyn, które skarżący upatrywał jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Podkreślić jednak należy, iż argumentacja ta nie została powielona na dalszych etapach postępowania, a zatem, nie podlega rozpoznaniu przez Sąd Okręgowy. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż refleksje skarżącego w zakresie naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp jako sprowadzające się do zaniżenia ceny przez wykonawcę X z siedzibą w W., sprowadzały się jedynie do niczym nie popartych tez skarżącego. W ocenie Sądu Okręgowego, wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Brak jest bowiem w tym zakresie jakichkolwiek uchybień pozwalających na przyjęcie, że zamawiający zastosował różne kryteria przy ocenie złożonych ofert, a w szczególności, aby dokonywał oceny ich warunków według kryteriów odmiennych aniżeli te, który zostały sprecyzowane i były wykonawcom znane jako podane w SIWZ. Wszystko to prowadzi do konstatacji, iż postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone było w sposób przejrzysty.

178. Sygn. akt: XII Ga 129/10, Wyrok SO w Krakowie z dnia 7 maja 2010 r.

Tu należy dodać, że wniosek o dopuszczenie w postępowaniu skargowym dowodu z opinii biegłego nie mógł odnieść zamierzonego skutku. Wniosek ten został po raz pierwszy złożony dopiero przed sądem. Stosowany odpowiednio w postępowaniu skargowym art. 381 k.p.c. zasadniczo zakazuje prowadzenia postępowania dowodowego, jeśli strona mogła złożyć wnioski dowodowe przed KIO. Nadto Sąd Okręgowy wyraża zapatrywanie, że postępowaniu

skargowym prowadzenie postępowania dowodowego jest co do zasady wykluczone. Wynika to ze specyfiki postępowania skargowego. Jedynie na zasadzie wyjątku sąd rozpoznając skargę może dopuścić dowód (z reguły z dokumentu), który nie wywoła zbędnej zwłoki w rozpoznaniu skargi (art. 198f ust. 1 pzp).

179. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r.

W tym miejscu należy także wskazać, że w niniejszym przypadku Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosków dowodowych zawartych w przedmiotowej skardze. Część z tych wniosków nie została uwzględniona z powodu prekluzji. Stosownie do przepisu art. 382 kpc sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Później, gdy spór przenosi się przed sąd drugiej instancji, sąd ten może dopuścić w zasadzie tylko takie dowody, których dopuszczenie uzasadnia przepis art. 381 kpc. Zgodnie zaś z tym przepisem sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba, że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Obowiązująca w Kodeksie postępowania cywilnego zasada kontradyktoryjności i uwolnienie sądu orzekającego od odpowiedzialności za rezultat postępowania dowodowego, którego dysponentem są strony (por. orzeczenia SN z dnia 7 marca 1997 r. II CKN 70/96, OSNC 1997, nr 8, poz. 113) oznacza, że sądem faktu stał się są drugiej instancji. W niniejszym przypadku należy to natomiast odnieść również do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. W toku tego postępowania powinny być zatem wyczerpująco przedstawione kwestie sporne, fakty i dowody. Przed sądem II instancji nowe fakty i dowody mogą być zgłaszane jedynie wyjątkowo (por. wyrok SN z dnia 7 lipca 1999 r. II CKN 417/98, Pok i Pr 1999/11-12/35). W przyjętym stanie apelacji celem postępowania apelacyjnego jest bowiem ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym. Zasadą pozostaje jednak, jak wskazano wyżej, że koncentracja materiału faktycznego i dowodowego powinna nastąpić już przed sądem pierwszej instancji. Chociaż więc dopuszczalność nowego materiału procesowego przed sądem apelacyjnym jest regułą, to doznaje ona ograniczenia poprzez unormowanie art. 381 kpc Sąd drugiej instancji jest zobowiązany na wniosek strony materiał ten uzupełnić, jeżeli jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i Dowodów zgłoszonych dopiero w postępowaniu apelacyjnym, a w przedmiotowym przypadku postępowania skargowego, gdy zachodzą określone wymienionym przepisem. Strona przed tym sądem powinna zatem wykazać, że nie mogła ich przedstawić w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (gdyż wówczas jeszcze nie istniały lub o nich nie wiedziała, albo też zachodziły istotne przyczyny usprawiedliwiające niemożność ich przedstawienia) lub że potrzeba ich oferowania powstała dopiero później. O istnieniu potrzeby powołania się na nowe fakty i dowody nie decyduje samo zapatrywanie strony, lecz przedmiotowa ocena istniejącego stanu rzeczy, której dokonuje sąd (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 797/00, Prok i Pr 2000/10/42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1998 r., I CKN 678/97, Prok i Pr 1999/5/40). Oznacza to, że nie można oprzeć apelacji (skargi) na nowych faktach i dowodach, których strona nie powołała w pierwszej instancji tylko dlatego, że uważała, iż nie zachodzi taka potrzeba, gdyż przytoczony przez nią materiał procesowy wystarczy do uzasadnienia jej roszczenia lub obrony (por. wyrok SN z dnia 1 lutego 1973 r. II CR 647/72, LEX nr 7212). Strona nie może skutecznie żądać też ponowienia lub uzupełnienia dowodu w postępowaniu apelacyjnym także tylko dlatego, że spodziewa się korzystnej dla siebie oceny tego dowodu przez sąd pierwszej instancji (por. wyrok SN z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97, OSNC 1998/4/67). Również wydanie niekorzystnego dla strony wyroku nie może stanowić samoistnej podstawy powołania się w postępowaniu apelacyjnym na nowe fakty i dowody (por. wyrok SN z dnia 24 marca 1999 r. I PKN 640/98, OSNAP 2000/10/389). Skarżący w treści swojej skargi wnosząc o przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego przez sąd odwoławczy w zakresie odpisu z KRS oraz

cennika w ocenie Sądu Okręgowego nie wykazał, że nie mógł powołanych w apelacji wniosków dowodowych przedstawić w postępowaniu przed KIO ani też, że potrzeba ich powołania powstała później. Przedmiotowy wniosek dowodowy jako spóźniony z przyczyn wskazanych powyżej nie mógł zostać uwzględniony przez Sąd Okręgowy. W ocenie Sądu Okręgowego nie istniały również żadne przeszkody, aby zgłoszone dopiero w skardze dowody zostały przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego skarżącego już w toku postępowania przed KIO i to jeszcze przed wydaniem zaskarżonego wyroku. Istnienie tych dowodów było nie tylko skarżącemu doskonale znane, ale też nie istniały żadne przeszkody, aby skarżący w ich posiadanie wszedł już wcześniej w trakcie postępowania odwoławczego, a przynajmniej powinno być znane przy dołożeniu należytej staranności, Skarżący w ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowe dokumenty dołączone dopiero do skargi jako jej załączniki winien przedstawić już w trakcie postępowania odwoławczego skoro miały uzasadniać one zasadność podnoszonych w tym postępowaniu zarzutów.

180. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Skoro – zgodnie z art. 194 ust. 2 PZP [*aktualnie art. 198 a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – przyp. red.*] w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się, co do zasady, odpowiednio przepisy ustawy KPC o apelacji, to skargę na wyrok KIO, w zakresie nieuregulowanym przepisami PZP, należy traktować analogicznie jak apelację, nie jak pozew. W konsekwencji, jeśli art. 222 zd. 1 KPC dotyczy odmowy odrzucenia pozwu, nie apelacji (albowiem na odmowę odrzucenia apelacji, inaczej niż w przypadku odmowy odrzucenia pozwu {por. art. 394 § 1 pkt 1 KPC}, nie przysługuje zażalenie), to nieuwzględnienie wniosku konsorcjum o odrzucenie skargi nie musiało znaleźć wyrazu w oddzielnym postanowieniu.

181. Sygn. akt: V Ca 1352/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2010 r.

Zgodnie z treścią art. 382 kpc, który to przepis stosownie do brzmienia art. 198a ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu – sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Sąd drugiej instancji jako merytoryczny, nie może poprzestać na zbadaniu zarzutów skargi, powinien poczynić własne ustalenia i samodzielnie ocenić je z punktu widzenia prawa materialnego. Z tego względu sąd drugiej instancji jako sąd apelacyjny ma nie tylko prawo, lecz i obowiązek rozważenia na nowo całokształtu okoliczności, istniejących w chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej oraz własnej ich swobodnej i samodzielnej oceny. Każdorazowo efektem tej merytorycznej oceny powinno być dokonanie ustaleń faktycznych i na ich kanwie wydanie wyroku. Po przeprowadzeniu rozprawy Sąd Okręgowy ustalił, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2010 r. został przez zamawiającego wykonany, tj. unieważniono czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie dokonanie oceny oferty połączone z wyjaśnieniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po ponownym dokonaniu oceny ofert nastąpił wybór tej samej oferty, zawarto umowę, która jest wykonywana. Odwołujący się nie kwestionował ponownego rozstrzygnięcia przetargu. Te ustalenia niewątpliwie w ocenie Sądu Okręgowego prowadzą do wniosku, iż zamawiający nie posiada interesu prawnego do popierania skargi.

182. Sygn. akt: XIX Ga 387/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 1 września 2010 r.

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy w Katowicach zwolnił częściowo skarżących od opłaty sądowej od skargi, tj. ponad kwotę 80.000 zł, a w pozostałej części wniosek oddalił. Zażalenie na to postanowienie – adresowane do Sądu Apelacyjnego w Katowicach złożyli skarżący. Wskazali, że orzekając w sprawie wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych Sąd Okręgowy Katowicach jest Sądem pierwszej instancji, a zatem po myśli art. 394 § 1 pkt 2 k.p.c. na postanowienie tego Sądu przysługuje zażalenie. Zażalenie skarżących podlega odrzuceniu po myśli art. 370 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. Bezspornym jest, że od postano-

wienia KIO z dnia 6.07.2010 r. skarżący wykonawcy wnieśli skargę do tut. Sądu wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów postępowania. Zgodnie z przepisem art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji. Sąd Okręgowy jest Sądem drugiej instancji i na jego orzeczenia nie przysługują środki zaskarżenia do Sądu Apelacyjnego. Natomiast we wskazanych enumeratywnie rozstrzygnięciach przysługuje zażalenie do Sądu Najwyższego, przy czym w myśl przepisu art. 198g ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od wyroku Sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna. Zatem zażalenie na postanowienie Sądu drugiej instancji oddalające wniosek o zwolnienie od obowiązku uiszczenia opłaty od skargi jest niedopuszczalne. Zakładając teoretycznie, że w kwestii postanowienia w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie mają zastosowania to i tak zażalenie do Sądu Najwyższego na takie postanowienie jest niedopuszczalne, bowiem nie jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie (art. 394^1 § 2 k.p.c.). Nie ma również w takim przypadku zastosowania art. 394^1 ust. 2 k.p.c., zgodnie z którym zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje na postanowienie co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji. Odmowa zwolnienia od kosztów sądowych (opłaty od skargi) nie należy do tej kategorii rozstrzygnięć, o którym mowa w cyt. wyżej przepisie. Postanowienie w przedmiocie wniosku strony o zwolnienie jej od kosztów sądowych nie ma charakteru orzeczenia zasądzającego koszty, co jest warunkiem wskazanym w tym przepisie.

183. Sygn. akt: X Ga 214/10, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 8 września 2010 r.

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż zażalenie na zarządzenie przewodniczącego określające wymiar opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej i wzywające do jej uiszczenia, jest niedopuszczalne. W postępowaniu, które toczy się przed Sądem na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy stosuje przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 198a ust. 2 – Prawo zamówień publicznych) i pełni funkcję Sądu II instancji. Z przepisu art. 198g ust. 1 Prawa zamówień publicznych wynika, że od wyroku sądu rozpoznającego skargę, stronie postępowania nie przysługuje skarga kasacyjna. Stosując zatem przepisy Kodeksu postępowania cywilnego wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 394^1 § 2 k.p.c., zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje na postanowienia Sądu II instancji kończące postępowanie w sprawie, ale tylko w sprawach, w których przysługuje skarga kasacyjna. Skoro w niniejszej sprawie skarga kasacyjna uczestnikowi postępowania nie przysługuje, to brak też podstaw do przyjęcia dopuszczalności zażalenia. Wobec powyższego na podstawie art. 397 § 2 kpc w związku z art. 370 kpc orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Art. 198b ust. 2

184. Sygn. akt: IX Ga 131/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2010 r.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest także zasadny wniosek o odrzucenie przedmiotowej skargi. Nie jest bowiem zasadny zarzut uczestnika postępowania w zakresie braku doręczenia jej odpisu wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. uchwała z dnia 24 lutego 2009 r., III CZP, OSNC 2009/12/167), które Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym przedmiotową skargę w całości podziela i aprobuje, w razie wniesienia za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu okręgowego skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, skarżący nie przesyła jej odpisu wykonawcy, którego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi. Faktem jest, że zamawiający jako strona postępowania toczącego się przez Prezesem Urzędu Zamówień

Publicznych działał za pośrednictwem profesjonalnego pełnomocnika procesowego. Nie ulega też wątpliwości, że odpis skargi nie został doręczony przez pełnomocnika skarżącego na adres kancelarii prawniczej prowadzonej przez tego pełnomocnika procesowego zamawiającego. Ustanawiając jednakże tego pełnomocnika procesowego ani pełnomocnik w postępowaniu przez Izbą, ani sam zamawiający nie wskazali adresu tego pełnomocnika, ani też nie określili adresu, na który mają być dokonywane doręczenia dla pełnomocnika. Skarżący ani też jego pełnomocnik nie byli natomiast sami zobowiązani do ustalenia tego adresu na podstawie np. dokumentów złożonych do akt tegoż postępowania, takich jak np. faktury wystawione przez tego pełnomocnika. To zaś, że przesyłając odpis skargi skarżący oprócz firmy zamawiającego nie wskazał także dodatkowo danych jego pełnomocnika nie może w świetle powyższego skutkować uznaniem, że doręczenie to nie było prawidłowe, czy też nie było ono skuteczne. Na marginesie należy tylko wskazać, że odpis skargi dotarł do tego pełnomocnika, bowiem złożył on w imieniu zamawiającego odpowiedź na skargę i nie powoływał się w niej nawet na wadliwe doręczenie mu odpisu skargi.

185. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 lipca 2010 r.

Również na wstępie należy wskazać, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do odrzucenia skargi. Żądanie takie konsorcjum wyprowadzało z faktu, że odpis skargi skarżąca doręczyła nie pełnomocnikowi konsorcjum, lecz jego liderowi. Jednakże takie zachowanie było jak najbardziej prawidłowe. Konsorcjum podnosi, że na rozprawie przed KIO reprezentował ją pełnomocnik fachowy – radca prawny, zaś stosowne pełnomocnictwo zostało złożone i znajdowało się w aktach sprawy. W istocie w aktach KIO o sygn. KIO/UZP 1913/09 znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez lidera konsorcjum temuż radcy prawnemu, lecz samemu konsorcjum zdaje się umykać zakres przedmiotowy tego pełnomocnictwa. Otóż zgodnie z jego treścią pełnomocnik profesjonalny został umocowany do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu odwoławczym przed KIO w zw. z wniesionym w przedmiotowej sprawie odwołaniem od rozstrzygnięcia protestu; pełnomocnictwo w szczególności obejmowało umocowanie do zastępstwa na posiedzeniach i rozprawach przed KIO (k. 23 akt KIO o sygn. KIO/UZP 1913/90). Taka treść pełnomocnictwa świadczy ewidentnie, że pełnomocnictwo udzielone przez lidera konsorcjum w toku postępowania przed KIO było pełnomocnictwem do reprezentowania konsorcjum tylko w fazie postępowania przed KIO. *A contrario* nie obejmowało ono umocowania do reprezentowania konsorcjum przed sądem. (…) Skoro zaś wniesienie skargi na wyrok KIO inicjuje odrębny etap postępowania (unormowany w Rozdziale 4 Działu VI „Skarga do sądu", w przeciwieństwie do uregulowanego w Rozdziale 3 Działu VI „Odwołania"), a nadto brak jest przepisu, który stanowiłby, że pełnomocnik umocowany do działania w postępowaniu przed KIO z odwołania od rozstrzygnięcia protestu [*aktualnie instytucja protestu nie obowiązuje – przyp. red.*] jest z mocy samego prawa umocowany do działania przed sądem w sprawie ze skargi na orzeczenie KIO, umocowanie pełnomocnika tylko do działania przed KIO automatycznie skutkuje brakiem jego umocowania do działania przed sądem. Zgodnie zaś z art. 195 ust. 2 PZP [*aktualnie 198b ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.*] skarżąca, jednocześnie z wniesieniem skargi za pośrednictwem Prezesa UZP [*aktualnie Prezesa Izby – przyp. red.*], winna przesłać jej odpis przeciwnikowi skargi. Jeśli zaś, jak już wskazano, wniesienie skargi zainicjowało odrębny etap postępowania, w którym pełnomocnik konsorcjum nie był już umocowany do działania (wg stanu na dzień wnoszenia skargi), należyte doręczenie odpisu skargi wymagało doręczenia go liderowi konsorcjum, co też miało w sprawie miejsce (k. 12).

186. Sygn. akt: V Ca 2057/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2010 r.

Jak wynika z akt sprawy skarżący w dniu 26.07.2010 r. przesłał odpis skargi bezpośrednio przeciwnikowi X w Warszawie (k. 99). Przeciwnik skargi — X w Warszawie jest reprezentowany w niniejszej sprawie przez radców prawnych Andrzeja O. i Wojciecha K. (pełnomocni-

ctwo k. 36). Zgodnie art. 133 § 3 k.p.c. to na adres pełnomocnika skarżący winien doręczyć odpis skargi, aby wypełnić dyspozycję z art. 198b ust. 2 ww. ustawy. Biorąc pod uwagę fakt, że odpis skargi w niniejszej sprawie nie został właściwie doręczony przeciwnikowi skargi, skarga jako niedopuszczalna podlega odrzuceniu na podstawie art. 198e ust. 1 tej ustawy.

187. Sygn. akt: X Ga 228/10/za, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 14 września 2010 r.

Zgodnie z art. 198b ust. 1 i 2 p.z.p. skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Jak z powyższego wynika dla zachowania terminu wniesienia skargi konieczne jest przed jego upływem przynajmniej nadanie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego na adres Prezesa KIO. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 września 1997 r. (II UKN 238/97 OSNAP 1998/14/439) wniesienie apelacji do sądu drugiej instancji zamiast do sądu pierwszej instancji, po prawidłowym pouczeniu strony o trybie i sposobie wniesienia środka odwoławczego, nie usprawiedliwia przekroczenia terminu z art. 369 § 1 KPC. W takiej sytuacji zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1978 r. (I CZ 66/78 niepublikowane) termin do zaskarżenia orzeczenia jest zachowany tylko wówczas, gdy środek odwoławczy zostanie przed upływem tego terminu przekazany sądowi, który wydał zaskarżone orzeczenie. Zgodnie z art. 198a ust. 2 p.z.p. w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. W niniejszej sprawie postanowienie KIO doręczono skarżącemu w dniu 17 sierpnia 2010 r. Dlatego termin do wniesienia skargi na adres Prezesa KIO upływał w dniu 24 sierpnia 2010 r. W tym terminie skarżący skargi na adres Prezesa nie nadał. Dopiero w dniu 27 sierpnia 2010 r. zrobił to sąd, do którego błędnie skierował skarżący skargę.

188. Sygn. akt: XIX Ga 487/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 4 października 2010 r.

Stosownie do treści art. 198 „b" ust. 2 Prawa zamówień publicznych – skargę na orzeczenie KIO wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Natomiast przepis art. 198 „e" ust. 1 ustawy Pzp jako sankcję niedochowania ustawowego terminu do wniesienia skargi, przewiduje jej odrzucenie przez sąd. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w rozpoznawanym przypadku. Nadanie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego nastąpiło z przekroczeniem terminu 7-dniowego (termin ten upłynął w dniu 13 września 2010 r. – por. art. 111 k.c.). Wprawdzie skarżący w skardze oświadczył, że orzeczenie Izby doręczono mu 7 września 2010 r., ale twierdzenie to pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z „dowodu doręczenia" mającego walor dokumentu urzędowego. Zarówno z pieczęci pocztowej placówki oddawczej, jak i z adnotacji potwierdzonej podpisem i pieczęcią firmową skarżącego wynika, że odbiór orzeczenia KIO nastąpił w dniu 6 września 2010 r.

189. Sygn. akt: XIX Ga 468/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Odwołującego zawartego w odpowiedzi na skargę, że skarga winna być odrzucona z tej przyczyny, iż nie doręczono jej odpisu ustanowionemu w sprawie pełnomocnikowi procesowemu. Zgodnie z treścią art. 198b ust. 2 p.z.p. skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Odpis skargi został

prawidłowo doręczony Odwołującemu. Wobec jednoznacznego brzmienia tego unormowania skarżący nie miał obowiązku przesyłania odpisu skargi pełnomocnikowi procesowemu. Można powiedzieć także, że nawet w postępowaniu cywilnym w sprawach gospodarczych, regulowanym przez przepisy odrębne Działu IV a Kodeksu postępowania cywilnego strona wnosząca apelację nie ma obowiązku doręczenia jej odpisu pełnomocnikowi procesowemu drugiej strony (art. 479^9 § 2 k.p.c.).

Art. 198c

190. Sygn. akt: V Ca 1316/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 19 sierpnia 2010 r.

Skarga nie odpowiada wymaganiom formalnym i z tego powodu podlega odrzuceniu. Stosownie do art. 198c ustawy Prawo Zamówień Publicznych, skarga powinna między innymi zawierać wniosek o uchylenie zaskarżonego orzeczenia albo o jego zmianę w całości lub części, przy tym z art. 198f powołanej ustawy wynika, że wniosek kasatoryjny może zostać połączony z żądaniem odrzucenia skargi albo umorzenia postępowania wywołanego jej wniesieniem. W skardze wniesionej w niniejszej sprawie skarżący wykonawca nie domagał się ani odrzucenia skargi, ani też umorzenia postępowania wywołanego jej wniesieniem. Było to zrozumiałe, ponieważ postępowanie odwoławcze zostało wszczęte przez wykonawcę, który zaskarżył postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 15 kwietnia 2010 r. o odrzuceniu odwołania. Zgodnie z powołanym przepisem, zmieniając zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy może wyłącznie orzec co do istoty sprawy. Z przepisu tego tym samym wynika, że na gruncie obowiązującej regulacji postępowania skargowego niedopuszczalne jest uchylenie zaskarżonego orzeczenia do ponownego rozpoznania, a tym bardziej jego zmiana polegająca na nakazaniu Krajowej Izbie Odwoławczej rozpoznania odwołania. Z podanych powodów należało uznać, że skarga nie zawierała właściwie sformułowanego wniosku. Zarządzeniem z 16 czerwca 2010 r. skarżący wykonawca został więc wezwany do uzupełnienia tego braku. Nie został on jednak uzupełniony w wyznaczonym terminie. Pismem z 8 lipca 2010 r. skarżący podał bowiem, że wnosi o zmianę zaskarżonego postanowienia i nakazanie rozpoznania wniesionego odwołania. Jak zaznaczono, obowiązujące przepisy nie przewidują, aby skarga mogła zawiera taki wniosek. Zmieniając zaskarżone orzeczenie Sąd Okręgowy ma bowiem obowiązek orzec co do istoty sprawy, a więc musi wydać rozstrzygnięcie dotyczące przedmiotu odwołania. Określenie granic apelacji wymaga więc, aby to skarżący podał jakiego rozstrzygnięcia co od istoty sprawy domaga się od Sądu Okręgowego, którego zadaniem jest orzeczenie o zasadności prawidłowo sformułowanej skargi.

191. Sygn. akt: V Ca 3128/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 27 stycznia 2010 r.

Zgodnie z art. 198 c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) [*aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – przyp. red.*] skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Stosownie do treści 198f ust. 2 ww. ustawy Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie, zaś stosownie do ust. 3 tego przepisu, jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 3 grudnia 2010 r. uwzględniła odwołanie X z siedzibą w W. i nakazała unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownej oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, badania i oceny ofert. A zatem w niniejszej sprawie skarżący winien wnosić o wydanie orzeczenia reformatoryjnego, tj. o zmianę zaskarżonego wyroku wskazując jej zakres. W niniejszej sprawie zarządzeniem z dnia 21 grudnia 2010 r. skarżący został wezwany do uzupełnienia braków formalnych skargi poprzez podanie właściwego wniosku skargi, tj. wskazanie jakiej zmiany orzeczenia KIO domaga się, w terminie 7 dni pod rygorem odrzucenia skargi. W odpowiedzi na powyższe wezwania skarżący nadal podtrzymał wniosek o uchylenia w całości zaskarżonego wyroku KIO, jednocześnie wnosząc o oddalenie w całości żądania Przeciwnika skargi. Tak sprecyzowanego przez skarżącego wniosku Sąd Okręgowy nie może uwzględnić, bowiem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dopuszczają wydania takiego orzeczenia przez Sąd Okręgowy.

Art. 198e ust. 1

192. Sygn. akt: II Ca 387/10, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 27 kwietnia 2010 r.

(…) art. 198e ust. 1 głosi, że sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. W następnej kolejności zważyć trzeba, iż w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi katalog podmiotów, które mogą być pełnomocnikami stron, w tym skarżącego regulowany jest w art. 87 kpc. Zastosowania nie znajdują tu natomiast wprost unormowania z art. 23 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z którymi wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1) i przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). Istota konsorcjum wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśniona została w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2004 roku (I ACa 885/03, LEX nr 193710) gdzie stwierdzono, że jest ono stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym do wspólnego działania. „Wspólność" celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w Kodeksie cywilnym, jest zatem traktowana jako umowa nienazwana kreowana treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353^1 kc. W doktrynie (…) przyjmuje się, że konsorcjum na gruncie Pzp nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), ale raczej „sumą pojedynczych wykonawców". Z powyższego nie sposób wysnuć wniosku, że ustanowienie pełnomocnika w trybie art. 23 ust. 2 Pzp, w tym, jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, w postaci drugiego członka konsorcjum – osoby prawnej, co do zasady obejmuje na tejże podstawie prawnej umocowanie takiego pełnomocnika do wniesienia skargi na orzeczenie KIO i reprezentacji przed sądem. Pełnomocnikiem procesowym może być, bowiem jedynie podmiot, który spełnia kryteria, o jakich mowa w art. 87 kpc. Może być nim jednakowoż również współuczestnik sporu (§ 1) w tym także innym członek konsorcjum. W realiach rozpoznawanej sprawy należało, zatem rozważyć czy umocowanie X do reprezentowania Y nie wynika z pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku, na które powołuje się ten pierwszy podmiot. Z treści tego dokumentu wynika, że upoważnia ono także do wnoszenia skarg na orzeczenia Zespołu Arbitrów. W rozpoznawanej sprawie zostało one jednakowoż złożone (karta 128) w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Andrzeja B., powołującego się na sprawowanie przez siebie funkcji prezesa zarządu X. W takiej samej formie pełnomocnictwo to zosta-

ło dołączone do skargi (karta 158). Tymczasem zgodnie z art. 89 § 1 zdanie pierwsze i drugie kpc pełnomocnik jest obowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie. Zastępca procesowy strony musi, więc wykazać sądowi, że strona go do tego umocowała. Art. 89 § 1 wymaga przy tym, aby w tym celu przedłożył dokument z oryginalnym podpisem mocodawcy lub notarialny odpis tego pełnomocnictwa. Tylko pełnomocnicy wykonujący wymienione w przepisie zawody mogą sami uwierzytelnić odpis dokumentu. Tym samym opisana powyżej kserokopia nie może być uznana za właściwe wykazanie umocowania do działania w imieniu Y. Oczywistym jest, że Andrzej B. nie jest podmiotem upoważnionym do uwierzytelniania dokumentu pełnomocnictwa. Skoro więc umocowanie takie nie zostało wykazane także w wykonaniu zobowiązania zawartego w piśmie sądowym z dnia 09 kwietnia 2010 roku, gdyż skarżący ponownie przedłożył taką samą kserokopię pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku, z tą jedynie zmianą, że dodatkowo załączona została kserokopia Odpisu z KRS nr 0000134481, dotyczącego Y, także potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Andrzeja B., to przyjąć trzeba, że w zakreślonym terminie nie nastąpiło wykazanie umocowania osoby podpisanej na skardze do reprezentacji tego ostatniego podmiotu. W następnej kolejności zważyć trzeba, iż skarżąca nie wykazała także, że osoba podpisana na skardze jest umocowana do reprezentacji X. Skarga została podpisana przez Andrzeja B., występującego jako prezes zarządu tej spółki. W wykonaniu zobowiązania zawartego w piśmie sądowym z dnia 09 kwietnia 2010 roku, strona skarżąca przedłożyła kserokopię Odpisu z KRS nr 0000285112 dotyczącego X, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Andrzeja B., mimo iż w ww. piśmie wyraźnie zobowiązano ją do złożenia odpisu z KRS. W wyroku z dnia 30 stycznia 2008 roku (III CSK 235/07, LEX nr 487540) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wykazania umocowania osoby działającej w imieniu osoby prawnej, jako jej organ, winno nastąpić poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, w tym na przykład odpisu z KRS, we właściwej formie, to znaczy w oryginale bądź w odpisach uwierzytelnionych przez powołane do tego osoby. Osobą taką nie jest rzecz jasna prezes zarządu spółki, której dotyczy odpis z KRS. Reasumując, wobec niewykazania umocowania osoby podpisanej na skardze do reprezentacji żadnego z podmiotów, określonych jako skarżący, należało, na podstawie art. 198e ust. 1 Pzp, orzec jak w sentencji postanowienia.

193. Sygn. akt: XIX Ga 202/10, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 6 maja 2010 r.

Taka sytuacja miała miejsce w rozpoznawanym przypadku, gdyż nie przedłożono pełnomocnictwa do reprezentowania skarżącej przez Sądem Okręgowym. Przesłane przy piśmie z dnia 29.04.2010 r. kserokopię pełnomocnictw dla adwokatów Joanny M. i Andrzeja r., podpisujących skargę, nie obejmują umocowania do działania w imieniu skarżącej w postępowaniu sądowym. Oryginały tych pełnomocnictw znajdują się zresztą w aktach postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą (k. 13 i 15). I tak pełnomocnictwo dla adwokata Joanny M. obejmuje umocowanie w sprawie wniesienia protestu do przetargu nr (…) do X (k. 13), a pełnomocnictwo dla adwokata Andrzeja r. dotyczy sprawy odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień (k. 15). Dalsza treść tego pełnomocnictwa „oraz we wszystkich instancjach z prawem udzielania dalszej substytucji oraz upoważnieniem do odbioru wszystkich należności związanych z prowadzonymi sprawami" nie jest umocowaniem do działania pełnomocnika przed Sądem w rozumieniu art. 86, 89 czy 91 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Skarga do sądu powszechnego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych nie jest bowiem zwykłym środkiem odwoławczym (II-gą instancją), ale szczególnym środkiem ochrony prawnej, do którego odpowiednio stosuje się przepisy k.p.c. o apelacji.

194. Sygn. akt: V Ca 1815/10, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 2 września 2010 r.

Odpis orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej skarżącej otrzymał 15 czerwca 2010 r. (k. 18). W dniu 22 czerwca 2010 r. została złożona skarga od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej. Do skargi skarżący nie załączył dowodu doręczenia odpisu skargi przeciwnikowi. Zarządzeniem z dnia 20 lipca 2010 r. skarżący został wezwany do uzupełnienia braków formalnych skargi poprzez udokumentowanie przesłania odpisu skargi stronie przeciwnej w terminie 7 dni pod rygorem odrzucenia skargi. Zarządzenie to zostało doręczone skarżącemu w dniu 27 lipca 2010 r. Zarządzenie to nie zostało wykonane. Biorąc pod uwagę fakt, iż skarżący nie uzupełnił braków formalnych skargi w wyznaczonym przez Sąd terminie, Sąd Okręgowy zobligowany był do jej odrzucenia stosownie do treści art. 198e ust. 1 ustawy.

195. Sygn. akt: XII Ga 358/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 8 października 2010 r.

Stanowisko Skarżącego X w G. w przedmiocie wysokości opłaty sądowej jest błędne z następujących przyczyn. W ocenie Sądu Okręgowego Skarżący mieli obowiązek uiszczenia brakującej części opłaty sądowej w ww. wysokości z uwagi na znowelizowane brzmienie art. 34 ust. 2 ww. ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Należy podzielić stanowisko uczestnika postępowania Y – lidera Konsorcjum, iż ustawodawca wyraźnie wskazał, że dotychczasowe przepisy (art. 3 ust. 1 noweli) [*ustawy 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.*] stosuje się wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej oraz konkursów wszczętych również przed tym dniem. Wszczęcie postępowania sądowego zainicjowane wniesieniem skargi nie stanowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani też konkursu. Skoro zatem postępowanie sądowe wywołane wniesieniem skargi nie stanowi żadnego z postępowań, o których mowa w art. 3 ust. 1 noweli to do ustalenia wysokości należnej opłaty sądowej stosować należy unormowanie zawarte w art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zwłaszcza, że przedmiotowe skargi wywiedzione zostały po dniu wejścia w życie noweli z dnia 5 listopada 2009 r.

196. Sygn. akt: VI Ga 83/10, Postanowienie SO w Świdnicy z dnia 11 października 2010 r.

Wniosek skarżących o zwolnienie od kosztów sądowych w zakresie opłaty od skargi został oddalony postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 1 września 2010 r. – prawomocnym z chwilą wydania. Postanowienie to nie podlegało bowiem zaskarżeniu, gdyż Sąd Okręgowy działał jako sąd II instancji, zaś zażalenie przysługuje jedynie na postanowienia sądu I instancji (art. 394 § 1 pkt 2 k.p.c.). Nie mogło również zostać zaskarżone zażaleniem do Sądu Najwyższego na podstawie art. 3941 § 2 k.p.c., gdyż – abstrahując od faktu, że nie jest ono orzeczeniem kończącym postępowanie – w niniejszej sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna (art. 198g ust. 1 Prawa zamówień publicznych), co przed wszystkim warunkuje dopuszczalność takiego zażalenia. Skarżących należało zatem wezwać do uiszczenia opłaty od skargi wraz z doręczeniem im odpisu postanowienia w przedmiocie oddaleniu ich wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych. Wyznaczony w wezwaniu terminu do opłacanie skargi upłynął bezskutecznie w dniu 16 września 2010 r.

197. Sygn. akt: XII Ga 451/10, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r.

Przesłanki odrzucenia skargi normuje art. 198e. ust. 1 pzp, zgodnie z którym Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie, zarazem warunki formalne skargi zostały określone w art.198c pzp. Katalog przyczyn skutkujących

odrzuceniem skargi ma charakter zamknięty i przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Wśród wymogów formalnych, jakie musi spełniać skarga nie został wymieniony obowiązek dołączenia dowodu doręczenia odpisu skargi jej przeciwnikowi. Z powyższych względów w sytuacji, w której przeciwnik skargi nie został pozbawiony możności obrony swych praw zarzut braku prawidłowego doręczenia skargi nie mógł się ostać.

Art. 198f ust. 3

198. Sygn. akt: VI Ga 192/10, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż niespornym pomiędzy stronami był fakt, iż na etapie rozpoznawania przez Sąd Okręgowy skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 r. przedmiot zamówienia został w całości wykonany. Powyższe obligowało Sąd do umorzenia przedmiotowego postępowania. W tym względzie Sąd, stosując je odpowiednio, podziela stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. III CZP 73/05, stosownie do którego treści zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba, że umowa została wykonana (OSNC 2006/7-8/121, Biul. SN 2005/10/7, M. Prawn. 2006/22/1120). Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje specjalny tryb kontroli prawidłowości postępowania prowadzącego do zawarcia umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego i ustanawia odrębne, specyficzne przesłanki oceny ważności takiej umowy, które mogą być kontrolowane tylko w trybie ustawy Pzp. Trzeba jednak podkreślić, że kontrola taka staje się bezprzedmiotowa w razie, gdy zdarzyło się, że umowa została wykonana. Wówczas postępowanie wszczęte skargą podlega umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych (tak również uzasadnienie w/w uchwały Sądu Najwyższego).

199. Sygn. akt: XII Ga 262/10, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 10 września 2010 r.

Zgodnie z art. 316 § 1 kpc w związku z art. 198a ust. 2 p.z.p., Sąd orzeka w oparciu o stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Zaistniała w toku postępowania skargowego okoliczność jaką było wykonanie umowy zawartej przez zamawiającego po zakończeniu postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 1 p.z.p.) z innym wykonawcą (X) niż pierwotnie wybrany (Y) czyni wniesioną skargę bezprzedmiotową, co skutkuje umorzeniem postępowania skargowego. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 14.X.2005 r. III CZP 73/05 (OSNC 2006/7-8/121) przyjmujące, że wykonanie umowy jest w pewnych okolicznościach przeszkodą do merytorycznego rozpoznania skargi.

Art. 198f ust. 4

200. Sygn. akt: IX Ga 258/10, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 2 września 2010 r.

Ubocznie podnieść należy, że nawet gdyby skarżący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego (czego nie wykazał), to nie mógłby w skardze domagać się nakazania zamawiającemu uchylenia decyzji o odrzuceniu jego własnej oferty, gdyż nie domagali się tego wnoszący odwołanie wykonawcy. Przystępujący może jedynie domagać się rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, co jasno wynika z art. 185 ust. 2 i 4 ustawy. Z kolei w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami.

Art. 198f ust. 5

201. Sygn. akt: X Ga 98/10, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2010 r.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi należało natomiast orzec w oparciu w art. 203 § 2 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r.). Przepis art. 203 § k.p.c. stanowi, że pozew cofnięty nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wytoczeniem powództwa. Na żądanie pozwanego powód zwraca mu koszty, jeżeli Sąd już przedtem nie orzekł prawomocnie o obowiązku ich naruszenia przez pozwanego. Przekładając te zasady na realia niniejszej sprawy stwierdzić należy, że jeśli przeciwnicy skargi oraz interwenient uboczny występujący po stronie Zamawiającego zgłosił żądanie zasądzenia kosztów postępowania, to skarżące Konsorcjum ma obowiązek te koszty na ich rzecz zwrócić – skoro skarga została cofnięta. Zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 4 w z zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności prawne radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu Zamawiającemu należało się od skarżącego zwrot kwoty 900 zł (75% z kwoty 1.200 zł) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Uczestnikowi postępowania Konsorcjum X należało się zwrot kwoty 1.720 zł, na którą złożyło się wynagrodzenie jego pełnomocnika w kwocie 900 zł – zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 4 w z zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. (75% z kwoty 1.200 zł) oraz kwota 820 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę. Na kwotę tę złożył się koszt przejazdu pełnomocnika na rozprawę (złożone zestawienie kosztów obejmowało koszty dojazdu na jedną rozprawę) na poziomie odpowiadającym cenie biletu pociągu (…) wraz z miejscówką na trasie Warszawa – Wrocław – Warszawa, czyli w obie strony – w wysokości 316 zł (koszt biletu 133 zł plus 25 zł miejscówka x 2 = 316 zł; koszt biletu i miejscówki – fakt notoryjny), a także koszt noclegu w hotelu 504 zł (złożone zestawienie kosztów obejmowało koszty dwóch noclegów po 252 zł – k. 470 i k. 471). Sąd Okręgowy uznał za zasadne żądanie zwrotu kosztów przelotu samolotem na rozprawę, skoro pełnomocnik nocował we Wrocławiu – a jeśli tak, to miał możliwość przybycia do Wrocławia dzień przed rozprawą (co uczynił, jak wynika z rezerwacji biletu lotniczego oraz faktury za pobyt w hotelu) także innym tańszym środkiem transportu, np. pociągiem. Zważyć bowiem należy, że ogólna zasada dotycząca reguł zwrotu kosztów procesu zawarta w art. 98 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 Pzp w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r. [*aktualnie art. 198a ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.*], stanowi o tym, że obowiązek zwrotu kosztów dotyczy tylko tych kosztów, które są niezbędne. W świetle zaś argumentu wyżej przytoczonego, kosztu przelotu samolotem za niezbędny nie sposób uznać, w sytuacji gdy uwzględniono koszt noclegu pełnomocnika we Wrocławiu. Mając na uwadze okoliczność, że pełnomocnik Konsorcjum firm reprezentowanego przez X nie przyjechał na rozprawę swoim samochodem, należało za uzasadnione uznać koszty dojazdu na rozprawę na poziomie odpowiadającym cenie biletu pociągu (…) wraz z miejscówką. Interwenientowi ubocznemu występującemu po stronie Zamawiającego należało się od skarżącego zwrot kwoty 1.500 zł skoro interwenient brał udział w postępowaniu jako uczestnik. Zważyć bowiem należy na to, że dopóki opozycja nie zostanie przez Sąd prawomocnie uwzględniona, dopóty interwenient jest uważany za uczestnika postępowania (art. 78 § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 Pzp w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r.) W niniejszej sprawie nie doszło do merytorycznego rozpoznania opozycji z uwagi na cofnięcie przez skarżącego skargi. W konsekwencji należało się interwenientowi zwrot poniesionych przez niego w postępowaniu kosztów. Na koszty te złożyło się wynagrodzenie jego pełnomocnika w kwocie 900 zł zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. (74% z kwoty 1.200 zł) oraz koszt uiszczonej opłaty sądowej od interwencji ubocznej w kwocie 600 zł (zgodnie art. 19 ust. 3 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

202. Sygn. akt: X Ga 163/10, Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r.

Niemniej jednak, skoro co do zasady do umowy konsorcjum znajdują zastosowanie przepisy o umowie spółki cywilnej, a w zakresie której współuczestnictwo wspólników w procesie przybiera charakter współuczestnictwa materialnego (*vide:* uzasadnienie postanowienia SN z 17 stycznia 2003 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: I CK 109/02, opubl. w: OSNC 2004, z. 5, poz. 73), również współuczestnictwu konsorcjantów w niniejszej sprawie należało przyznać charakter współuczestnictwa materialnego. Skoro zaś byli oni reprezentowani przez jednego profesjonalnego pełnomocnika (k. 100), należał im się zwrot kosztów w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu jednego pełnomocnika (*vide*: uchwała SN z 30 stycznia 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 130/06, publ. w: OSNC 2008, z. 1, poz. 1). Z uwagi zaś, że lider konsorcjum jest upoważniony z mocy art. 23 ust. 2 PZP do reprezentowania konsorcjantów w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwrot kosztów należnych konsorcjum należało zasądzić na rzecz jego lidera.

203. Sygn. akt: XIX Ga 387/10, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 lipca 2010 r.

Natomiast zgodnie z art. 103 Ustawy, Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Ubiegający się o taką pomoc winien jednak w każdym wypadku poczynić oszczędności we własnych wydatkach. Dopiero gdyby poczynione w ten sposób oszczędności okazały się niewystarczające – może zwrócić się o pomoc państwa. Zdaniem Sądu, wnioskodawcy, ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, powinni przewidzieć konieczność uiszczenia opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Należy przy tym zaznaczyć, iż zgodnie z art. 4 Ustawy, od obojga wnioskodawców należy się jedna opłata, jako że pomiędzy nimi zachodzi współuczestnictwo materialne (art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 23 Ustawy – Prawo zamówień publicznych). Stanowiska wnioskodawców, jakoby nie mogli oni przewidzieć konieczności wniesienia skargi, nie sposób podzielić. Tego rodzaju sprawy należą bowiem do często spotykanych i wręcz typowych w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Stan majątkowy skarżących nie pozwala, zdaniem Sądu, na uiszczenie kwoty opłaty w całości, tj. w kwocie 395 640,00 zł. Należy jednak wziąć pod uwagę, iż sprawa niniejsza nie należy do spraw nieprzewidywalnych, a zatem w dłuższym okresie czasu wnioskodawcy mogli i powinni byli poczynić niezbędne oszczędności w celu możności uiszczenia choćby części opłaty od skargi. Ponadto wziąć należy pod uwagę specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Mając na względzie powyższe, należało zwolnić częściowo skarżących od opłaty sądowej od skargi, tj. ponad kwotę 80.000 zł (osiemdziesiąt tysięcy złotych).

204. Sygn. akt: XII Ga 374/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 9 września 2010 r.

Zgodnie z regulacją art. 198 a ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 98 § 1 ustawy kodeks postępowania cywilnego strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Wedle § 3 powołanego wyżej artykułu do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata/radcę prawnego zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata/radcy prawnego, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony. Zamawiający był reprezentowany w niniejszej sprawie przez radcę prawnego, który sporządził odpowiedź na skargę. Zamawiający uiścił opłatę skarbową

od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Zgodnie z treścią paragrafu 10 ust. pkt 4 w zw. z paragrafem 5 i paragrafem 12 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 02.163.1349 i zmiany) opłata za czynności radcy prawnego reprezentującego zamawiającego w niniejszym postępowaniu wyniosła kwotę 900 zł.

205. Sygn. akt: XII Ga 358/10, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 8 października 2010 r.

Stosownie do treści art. 198 f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Sąd określając wysokość kosztów w treści orzeczenia uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem skargi. Zgodnie natomiast z treścią art. 198 a ust. 2 cyt. ustawy w związku z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Stosownie do treści art. 98 § 3 k.p.c. do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się ich wynagrodzenie jednak nie wyższe niż stawki określone w odrębnych przepisach oraz wydatki jednego adwokata lub radcy prawnego związane z ich stawiennictwem. Uczestnik postępowania Konsorcjum ww. firm reprezentowany był przez profesjonalnego pełnomocnika, który zgłosił stosowny wniosek dotyczący zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz poniesionych wydatków we wskazanych już powyżej wysokości. Mając na uwadze treść § 10 ust. 1 pkt 4 w związku z § 12 ust. pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu opłata za czynności pełnomocnika – radcę prawnego reprezentującego uczestnika wynosiła 600 zł. Ponadto Sąd Okręgowy zasądził od Skarżącego X w G. na rzecz ww. uczestnika postępowania kwotę 1.081,91 zł jako usprawiedliwione i poniesione rzeczywiste wydatki udokumentowane stosownymi fakturami VAT. Co prawda suma tych faktur jest wyższa niż zgłoszone w tym przedmiocie żądanie jednakże Sąd Okręgowy miał na uwadze, że jest związany treścią zgłoszonego w tym przedmiocie wniosku.

206. Sygn. akt: IX Ga 308/10, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 listopada 2010 r.

Należy tu także przypomnieć, że w przedmiotowym przypadku wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych został wniesiony przez konsorcjum dwóch spółek prawa handlowego, a więc przez dwie osoby prawne. Trzeba tu jednocześnie wskazać, że istotnym składnikiem działalności każdego podmiotu gospodarczego, a do takich podmiotów należy niewątpliwie skarżący jako konsorcjum osób prawnych, podmioty prowadzące działalność gospodarczą, jest planowanie wydatków i uwzględnianie w planach również środków na prowadzenie procesów sądowych. Instytucja zwolnienia od kosztów sądowych ma bowiem wyjątkowy charakter. Zwolnienie od kosztów sądowych, zgodnie z utrwaloną w judykaturze i piśmiennictwie wykładnią, stanowi w swej istocie pewną formę kredytu udzielonego przez Skarb Państwa, poprzez rezygnację z należnych opłat sądowych w chwili wytoczenia procesu lub w jego trakcie i wykładanie ze środków budżetowych wydatków w jego toku. Ten wyjątkowy charakter podkreślał Sąd Najwyższy, wyrażając to niejednokrotnie w swych orzeczeniach (np. postanowienie z 25 lutego 1974 r., II CZ 17 / 74, OSNCP z 1975 r., nr 4 poz. 63, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1990 r. II CZ 217 / 90, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1990 r. II CZ 113 / 90, OSP z 1991 r. nr 4 poz. 105), które nie straciły na aktualności także w trakcie obowiązywania przepisów powołanej powyżej ustawy. Podmioty gospodarcze zazwyczaj preferencyjnie jednak traktują zobowiązania, czy to podatkowe na rzecz Skarbu Państwa, czy też inne daniny publiczne, czy też wreszcie zobowiązania na rzecz banków oraz związane z bieżącą działalnością, spychając niejako powinność dysponowania środkami finansowymi na prowadzenie postępowania sądowego na margines koniecz-

ności dysponowania środkami na ten cel. Takie zaś podejście do traktowania kosztów sądowych, które przecież przynależą i są odprowadzane do budżetu państwa, nie tylko nie znajduje uzasadnienia we wskazanym powyżej przepisie, ale jest także deprecjacją należności przysługującej Skarbowi Państwa. (…) Nie wystarczy bowiem jak wskazano wcześniej samo złożenie oświadczenia o braku możliwości poniesienia kosztów ze względu na brak np. obecnie wystarczających środków na rachunku bankowym skarżącego. Obowiązek wykazania zasadności zgłoszonego wniosku obciążał jednakże samego skarżącego. Do przedmiotowego wniosku ani do jego uzupełnia na żądanie tutejszego Sądu jak wynika z powyższego powołane powyżej dowody uzasadniające przyznanie przez Sąd Okręgowy zwolnienia od obowiązku uiszczania opłaty od skargi w wysokości ponad kwotę 10 000 złotych nie zostały przez wnioskodawcę przedstawione w pełnym żądanym zakresie.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Apostille – 46

Aukcja elektroniczna – 120

B

Biegły – 34, 154, 155, 156, 157, 160, 176, 178

C

Cena – 2, 9,12,14, 41, 74, 86, 87, 88, 90, 103, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 119, 120, 122, 123, 153, 158, 177
- **– jednostkowa** – 86, 105, 107, 109, 121, 123
- **– kalkulacja** – 15, 93, 107, 110, 113, 121
- **– rażąco niska** – 1, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 114, 153, 158, 160
- **– ryczałtowa** – 95, 123

Certyfikat – 51, 52, 53, 62, 91, 120, 156, 166

Ciężar dowodowy – 10, 13, 39, 52, 103, 112, 114, 153, 155, 156, 157, 166

Czyn nieuczciwej konkurencji – 82, 102, 103, 104, 124

Czynność prawna – 55

D

Dialog konkurencyjny – 86

Dokumentacja projektowa – 124

Dokumentacja techniczna – 75

Dokumenty – 8, 10, 13, 16, 18, 20, 24, 27, 30, 33, 34, 35, 37, 39, 41, 42, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57, 60, 62, 64, 65, 127, 178,1 88
- **– przedmiotowe** – 50, 51, 52, 53, 91, 124, 156, 166
- **– uzupełnianie** – 5, 18, 34, 40, 41, 42, 43, 50, 54, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 91, 100, 132, 166
- **– wyjaśnienia** – 40, 54, 65, 66
- **– wykaz osób** – 23, 57
- **– wykaz wykonywanych zadań** – 17, 18, 22, 40, 66
- **– zobowiązanie podmiotu trzeciego** – 56, 57, 58

Domniemanie – 114, 129, 134, 136, 138

Doręczenia – 68, 136, 139, 141, 143, 145, 152, 184, 186, 187, 188, 189

Dowody – 8, 10, 25, 34, 39, 52, 57, 58, 78, 84, 103, 105, 107, 109, 111, 112, 113, 117, 120, 123, 133, 140, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 176, 177, 178, 179, 194, 197

Dostawa – 3, 22
- **– bonów** – 3, 70
- **– leków** – 125
- **– tonerów** – 156

Działalność gospodarcza – 94, 104, 168, 206

E

Ewidencja działalności gospodarczej – 49, 57

F

Formularz ofertowy – 12, 87

Fax – 68, 137, 140, 152, 168, 205

G

Gwarancja:
- **– ubezpieczeniowa** – 78, 81
- **– bankowe** – 79, 81

H

Harmonogram – 14, 99, 100

I

Interes:
- **– przystępującego** – 174
- **– publiczny** – 10

– **w uzyskaniu zamówienia** – 54, 129, 130, 132, 133, 175, 181

Interwencja uboczna – 159, 174, 201

K

Kary – 73, 74

Konkurs – 107, 195

Konsorcjum – 16, 31, 32, 34, 114, 142, 147, 150, 185, 202, 206

Komisja przetargowa – 116

Kosztorys – 1, 88, 89, 90, 91, 95, 121, 123

Koszty – 167, 168,171, 173, 182, 196, 201, 203, 204, 205

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 5, 13, 22, 39, 48, 52, 67, 84, 113, 115, 116, 132, 134, 149, 150, 153

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 33, 34, 35, 36, 37

Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 35, 179, 192

Kryteria – 2, 7, 116, 117, 118, 119, 123, 135, 177

Kwalifikacja podmiotowa – 39

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 116, 122, 123, 133

N

Najwyższa Izba Kontroli (NIK) – 111

Należyta staranność – 41, 66, 74, 83, 96, 109, 179

Należyte wykonanie zamówienia – 18, 23, 48

Następstwo prawne – 10

Negocjacje bez ogłoszenie – 83

Niekaralność – 10, 33, 34, 35, 37

Nieprawdziwe informacje – 39, 40, 41, 52, 66

Notariusz – 33, 35, 36

O

Odwołanie:
– **kopia** – 134, 151, 152
– **oddalenie** – 155, 167, 169
– **odpowiedź** – 146, 151, 165, 167
– **odrzucenie** – 135, 144, 150, 169, 170, 190, 191
– **połączenie** – 142
– **uwzględnienie** – 129, 144, 146, 151, 165, 167
– **wniesienie** – 135, 136, 139, 140, 147, 149, 175
– **zwrot** – 169

Oferta:
– **badanie i ocena** – 6, 13, 115, 117, 118, 122, 124, 129, 133, 177
– **częściowa** – 120
– **najkorzystniejsza (wybór)** – 2, 39, 68, 76, 80, 115, 119, 129, 140, 151, 165
– **odrzucenie** – 10, 14, 38, 62, 64, 72, 73, 82, 86, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 100, 101, 102, 103, 106, 109, 111, 112, 115, 121, 124, 130, 132, 147, 150, 151, 166, 200
– **otwarcie** – 14, 104
– **przygotowanie** –
– **treść** – 50, 51, 78, 86, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 104, 149, 177
– **wstępna** – 40
– **wyjaśnienie treści** – 50, 78, 86, 101, 106, 109, 110, 112, 113, 114, 153

Omyłka:
– **inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ** – 88, 90
– **pisarska** – 41, 66, 78, 86, 87, 89
– **rachunkowa** – 87

Opozycja – 143, 174, 175, 201

Orzeczenie – 150, 153, 172

Oświadczenie –
– **woli** – 41, 42, 84, 96, 104, 108, 137, 146
– **wiedzy** – 41

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 31, 42, 108, 147, 148, 149, 167, 168, 179, 184, 185, 186, 189, 92, 193, 201, 202, 204, 205

Pisemność – 24, 31, 67, 68, 137

Pilna potrzeba – 83

Placówka pocztowa – 136, 138, 39, 141, 175, 187, 188, 189

Podatek VAT – 122

Podmiot trzeci – 8, 24, 41, 42, 54, 55, 56, 57, 82

Podpis – 47

Podwykonawca – 16, 42, 54, 57, 58

Polisa – 26, 43, 97

Ponowne rozpoznanie sprawy – 173, 175, 190

Porozumiewanie się – 67

Postępowanie:
- **– odwoławcze** – 5, 59, 110, 141, 145, 146, 147, 149, 153, 165, 168, 170, 175, 176, 179, 185, 190, 199, 200
- **– udzielenie zamówienia publicznego** – 8, 115, 147
- **– skargowe** – 63, 145, 148, 150, 155, 157, 165, 173, 176, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191,192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206

Potencjał:
- **– ekonomiczny (finansowy)** – 5, 8, 26, 29, 43, 47, 56, 59, 65, 94, 203
- **– kadrowy** – 8, 63, 64, 97
- **– techniczny** – 8, 24

Prawa autorskie – 72

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – 124

Program funkcjonalno-użytkowy – 99

Protokół:
- **– odbioru robót** – 18
- **– z postępowania** – 126
- **– z rozprawy** – 143

Przedmiar robót – 95

Przedmiot zamówienia – 1, 7, 19, 20, 28, 30, 48, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 92, 93, 94, 96, 101, 107, 109, 124, 125, 176

Przekazanie – 134

Przetarg ograniczony – 82, 102

Przystąpienie/Przystępujący – 31, 142, 143, 144, 150, 151, 159, 167, 174, 175, 184, 200

R

Rachunek – 168

Referencje – 18, 21, 41, 48, 66

Roboty budowlane – 1, 17, 18, 21, 64, 67, 88, 89, 90, 91, 95, 98, 99, 101, 121, 123, 124

Roszczenie – 198

Rozprawa – 8, 18, 143, 153, 185, 199

Równoważność – 73, 91, 92, 156, 157, 161, 176

S

Sąd Administracyjny – 103

Sąd Apelacyjny – 177, 182,192

Sąd Najwyższy (SN) – 32, 45, 80, 132, 179, 182, 184, 187, 192, 196, 198, 199, 202, 206

Sąd Okręgowy (SO) – 20, 39, 52, 86, 93, 109, 134, 153

Skarga kasacyjne – 182, 183

Specyfikacja – 12, 53, 69, 70, 73, 81, 95
- **– modyfikacja** – 71, 76, 124, 135
- **– zapytania i wyjaśnienia** – 76, 77, 124, 135

Spółka cywilna – 32, 202

Spółka jawna – 104

Spółka z o.o. – 108

Sprzeciw – 167

Szczególne prawa – 4

Szkoda – 129, 131, 133, 175

Ś

Środki ochrony prawnej – 8, 76, 83, 102, 110, 121, 129, 130, 132, 135, 139, 147, 152, 159, 175, 193

Świadczenia – 69, 75, 93, 95

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 11, 12, 13, 14, 15, 40, 66

Termin –
- **– odwołanie** – 68, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 152
- **– realizacji zamówienia** – 14, 94
- **– skarga** – 136, 187, 188
- **– składania ofert** – 17, 27, 59, 60, 61, 62, 97, 133
- **– związania ofertą** – 38, 84, 85

U

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej – 26, 28, 43, 94

Uczestnik postępowania – 143, 144, 148, 152, 159, 167, 174, 201

Umorzenie postępowania – 146

Umowa – 10, 13, 93
- **– cywilnoprawna** – 57, 58
- **– nienazwana** – 192
- **– o dzieło** – 1
- **– o pracę** – 57, 168
- **– projekt** – 13, 94, 99
- **– unieważnienie** – 5, 115, 123, 124, 125
- **– wykonanie** – 199
- **– zawarcie** – 10, 32, 97, 100, 104, 124, 134, 147, 165

Unieważnienie postępowania – 83, 122, 123, 124, 125

Uprawnienia – 25, 124

Usługi – 23, 118
- **– utrzymania czystości** – 19, 50
- **– telefoniczne** – 66
- **– transportowe** – 128
- **– utrzymanie dróg** – 74

W

Wadium – 78, 79, 80, 81, 126

Wadium zatrzymanie – 78, 79, 80, 81, 85

Wartość zamówienia – 75, 106, 109, 111, 112, 113, 114, 123, 133

Warunki udziału w postępowaniu – 7, 10, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 35, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 65, 66, 94, 97, 102, 124, 127, 130, 203

Wiedza i doświadczenie – 8, 17, 19, 20, 22, 24, 41, 54, 55, 57, 58, 66

Wizja lokalna – 1, 95

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 42, 55, 66, 82, 102

Wpis – 169, 170

Wykonawca – 10
- **– zagraniczny** – 33, 34, 35, 36, 65

Wykluczenie wykonawcy – 5, 8, 24, 33, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 45, 53, 54, 56, 61, 64, 66, 78, 85, 102, 115, 124, 130, 132, 166

Wykładnia:
- **– autentyczna** – 124
- **– gramatyczna (językowa)** – 30, 122, 128, 141
- **– systemowa** – 141

Wynagrodzenie pełnomocnika – 167, 168, 201, 204

Wynik postępowania – 5, 14, 39,40, 41, 121, 123, 124, 125, 168, 205

Z

Za zgodność z oryginałem – 52, 192

Zamówienia:
- **– górnicze** – 62
- **– informatyczne** – 12, 13, 71, 73, 92, 114, 157, 161
- **– kolejowe** – 107, 160
- **– podstawowe** – 75
- **– sektorowe** – 127
- **– uzupełniające** – 75

Zamówienie z wolnej ręki – 75

Zarzuty – 102, 121, 144, 146, 150, 151, 162, 165, 170, 177

Zasada swobodnej oceny dowodów – 162, 163

Zasady udzielania zamówień publicznych:
- **– jawności** – 13, 14, 69, 104, 126
- **– pisemności** – 30
- **– równego traktowania** – 5, 6, 7, 8, 9, 22, 30, 33, 39, 69, 82, 86, 89, 104, 110, 117, 119, 122, 177
- **– uczciwej konkurencji** – 5, 6, 7, 8, 9, 19, 20,22, 30, 39, 69, 82, 89, 102, 104, 110, 117, 119, 122, 177

Zasady współżycia społecznego – 55

Zbiorowe podmioty – 36, 37

Zdolność kredytowa – 27, 29, 44, 65

Zespół Arbitrów (ZA) – 5, 48, 192, 198

Ż

Żądania – 146, 151

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

1) **Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)** – 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 16, 18, 20, 22, 24, 26, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 123, 125, 126, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 141, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205

2) **Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 219, poz. 1706)** – 24, 54, 58, 195

3) **Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicz**nych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 53, 136, 137, 138, 168

4) **Ustawa z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)** – 134, 140, 158

5) **Konwencja Haska z 5 października 1961 r. w sprawie znoszenia wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. Nr 112, poz. 938)** – 46

6) **Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)** – 1, 10, 13, 31, 32, 39, 55, 96, 104, 105, 108, 112, 131, 137, 141, 147, 150, 153, 157, 188, 192

7) **Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.)** – 35, 46, 102, 139, 141, 145, 155, 162, 168, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 186, 187, 189, 192, 193, 196, 199, 201, 203, 204, 205

8) **Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 1998, poz. 94 ze zm.)** – 70

9) **Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)** – 13, 102, 103, 104, 105, 108

10) **Dyrektywa 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. Urz. WE L 100 z 19.04.1994)** – 62

11) **Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.)** – 62

12) **Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.)** – 21

13) **Ustaw z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. z 2009 r. Dz. U. Nr 152, poz. 1223 ze zm.)** – 47

14) **Konsytuacja Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483)** – 102

15) **Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.)** – 36

16) **Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.)** – 29, 44

17) **Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t,j. Dz. U. 2008 r., Nr 50, poz. 292 ze zm.)** – 36

18) **Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.)** – 10, 107, 206

19) **Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.)** – 2, 122

20) **Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.02.163.1349 ze zm.)** – 201, 204, 205

21) **Ustawa z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661)** – 36

22) **Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. Nr 16 z 2007 r. poz. 94 ze zm.)** – 22

23) **Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.)** – 26, 43

24) **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (L-134)** – 6, 33

25) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczalności wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. Nr 99, poz. 1003 ze zm.)** – 62

26) **Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. Nr 172, poz. 1444 ze zm.)** – 21

27) **Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. z 2010 r. Dz. U. Nr 90, poz. 594 ze zm.)** – 169, 170, 195, 201, 203

28) **Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212 poz. 1771 ze zm.)** – 22

29) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.)** – 24, 35, 36, 127

30) **Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.)** – 102

31) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)** – 168, 170

32) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327)** – 146

33) **Ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394)** – 25

34) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1154)** – 126

35) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)** – 16, 17, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 36, 43, 44, 48, 51, 52, 54, 127

36) **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)** – 167, 168, 169, 170

37) **Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280)** – 139, 145, 149, 151

38) **Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 163, poz. 981 ze zm.)** – 62

ISSN 1731-7207