

Krajowa Izba Odwoławcza

Orzecznictwo - zamówienia publiczne

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

Krajowa Izba Odwoławcza

**ORZECZNICTWO –
ZAMÓWIENIA PUBLICZNE**

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

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

NR 1, 2020 rok (1)

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Rakowska

Magdalena Grabarczyk

Luiza Łamejko

Małgorzata Matecka

Izabela Niedziałek – Bujak

Katarzyna Odrzywolska

Irmina Pawlik

Katarzyna Prowadzisz

Agnieszka Trojanowska

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Rakowskiej

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Nakład: 1000 egz.

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Skład, łamanie i druk:

CC Professionals Group, www.ccpog.com.pl

Warszawa 2020 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	13
Art. 7	14
1. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2134/19	14
2. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2532/19	14
Art. 8 ust. 1–3	14
3. Wyrok z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19	14
4. Wyrok z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2033/19	16
5. Wyrok z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2138/19	16
6. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2189/19	17
7. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19	18
8. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2315/19	18
9. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2339/19	18
10. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2376/19	19
11. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19	21
12. Wyrok z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2537/19	21
13. Wyrok z dnia 25 lutego 2020r., sygn. akt KIO 274/20 i KIO 276/20	21
14. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt V Ca 605/19	22
Art. 9a ust. 1	22
15. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2577/19	22
Art. 10a ust. 5	22
16. Wyrok z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2270/19	22
17. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19	23
18. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt III Ca 1680/19	23
19. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 16 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 649/19	24
Art. 22 ust. 1 pkt 2	25
20. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/20	25
Art. 22 ust. 1a	26
21. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19	26
22. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2071/19	26
23. Wyrok z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2228/19, KIO 2249/19	27
Art. 22a ust. 4	27
24. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20	27
Art. 22a ust. 6	28
25. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19	28
Art. 22a ust. 2	28
26. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19	28

Art. 22c	29
27. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19	29
Art. 22d ust. 2	29
28. Wyrok z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 105/20	29
29. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 148/20	30
Art. 23 ust. 1	31
30. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20	31
Art. 23 ust. 3	31
31. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/20	31
Art. 24 ust. 1 pkt 12	32
32. Wyrok z dnia 16 października 2019 r., sygn. akt KIO 1941/19	32
33. Wyrok z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2352/19	33
34. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19	33
35. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2570/19	34
36. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2637/19	34
Art. 24 ust. 1 pkt 16	35
37. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19	35
38. Wyrok z dnia 21 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 247/20	36
Art. 24 ust. 1 pkt 17	36
39. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1826/19	36
40. Wyrok z dnia 10 października 2019 r., sygn. akt KIO 1916/19	37
41. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2200/19	37
42. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2183/19	38
43. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2320/19	38
44. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19	39
45. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19	39
Art 24 ust. 1 pkt 19	41
46. Wyrok z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1834/19	41
47. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19	42
48. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19	43
49. Wyrok z dnia 28 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 302/20	44
Art. 24 ust. 1 pkt 20	45
50. Wyrok z dnia 7 października 2019 r., sygn. akt KIO 1818/19	45
Art. 24 ust. 1 pkt 23	46
51. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2142/19	46
52. Wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2174/19, KIO 2180/19	47
Art. 24 ust. 5 pkt 2	47
53. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2487/19	47
54. Wyrok z dnia 13 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 199/20	48
Art. 24 ust. 5 pkt 4	49
55. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19	49

56. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19	49
Art. 24 ust. 5 pkt 7	50
57. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19	50
Art. 24 ust. 5 pkt. 8	51
58. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 188/20 i KIO 221/20	51
Art. 24 ust. 8	52
59. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2053/19	52
60. Wyrok z dnia 4 listopada 2019r., sygn. akt KIO 2105/19	53
Art. 24 ust. 11	53
61. Wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2174/19, KIO 2180/19	53
62. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19	54
Art. 25 ust. 1 pkt 1	54
63. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2423/19	54
64. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 289/20	55
Art. 25 ust. 1 pkt 2	55
65. Wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 295/20	55
Art. 26 ust. 1	56
66. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19	56
67. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20	56
68. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 294/20	57
Art. 26 ust. 3	57
69. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1810/19, KIO 1811/19	57
70. Wyrok z dnia 22 października 2019 r., sygn. akt KIO 1948/19	57
71. Wyrok z dnia 22 października 2019 r., sygn. akt KIO 2002/19	58
72. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2044/19	59
73. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19	60
74. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2428/19 i KIO 2429/19	60
75. Wyrok z dnia 24 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2454/19	61
76. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19	61
Art. 26 ust. 3a	62
77. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19	62
Art. 26 ust.4	62
78. Wyrok z dnia 15 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2090/19.	62
Art. 26 ust. 7	63
79. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 91/20	63
Art. 29 ust. 1 i 2	63
80. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1817/19	63
81. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1828/19	64
82. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19	65

83. Wyrok z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2228/19, KIO 2249/19	65
84. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2628/19	66
Art. 29 ust. 2 i 3	66
85. Wyrok z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2134/19	66
86. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2125/19	67
87. Wyrok z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 211/20	68
88. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 208/20	68
Art. 29 ust. 3a	69
89. Wyrok z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2232/19	69
Art. 30b ust. 4	70
90. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2389/19	70
Art. 36 ust. 1 pkt 16	71
91. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2416/19	71
Art. 36a ust. 1	72
92. Wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 299/20	72
Art. 36aa	73
93. Wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2519/19	73
Art. 45 ust. 3	73
94. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 254/20	73
Art. 46 ust. 5 pkt 1	73
95. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1836/19, KIO 1852/19	73
Art. 62 ust. 1 pkt 4	74
96. Wyrok z dnia 2 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2568/19	74
Art. 67 ust. 1 pkt 2	75
97. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19	75
Art. 67 ust. 1 pkt 4	76
98. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19	76
Art. 86 ust. 1	78
99. Wyrok z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2130/19	78
Art. 86 ust. 2	79
100. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 186/20	79
Art. 87 ust. 1	79
101. Wyrok z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt KIO 1919/19	79
102. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1926/19	80
103. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2177/19	80
104. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2421/19	81
105. Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 71/20	81

Art. 87 ust. 2 pkt 2	82
106. Wyrok z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1821/19	82
Art. 87 ust. 2 pkt 3	82
107. Wyrok z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19	82
108. Wyrok z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2021/19	83
109. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2218/19	84
110. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2422/19	84
111. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 248/20	85
Art. 89 ust. 1 pkt 1	85
112. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19	85
Art. 89 ust. 1 pkt 2	85
113. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1835/19, KIO 1849/19	85
114. Wyrok z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19	86
115. Wyrok z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1929/19	87
116. Wyrok z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2084/19	88
117. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2177/19	88
118. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2226/19	88
119. Wyrok z dnia 9 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2382/19	89
120. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2409/19	90
121. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19	90
122. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2476/19	90
123. Wyrok z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2520/19	91
124. Wyrok z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 102/20, KIO 107/20	91
125. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20	92
Art. 89 ust. 1 pkt 3	92
126. Wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2682/19	92
127. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20	93
Art. 89 ust. 1 pkt 4	94
128. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2315/19	94
Art. 89 ust. 1 pkt 5	95
129. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2113/19, KIO 2123/19	95
130. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2341/19	95
131. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19	97
132. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2625/19	98
133. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2655/19, KIO 2656/19	99
134. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 215/19	100
Art. 89 ust. 1 pkt 7b	102
135. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1810/19, KIO 1811/19	102
136. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1942/19	103
137. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2418/19	103
138. Wyrok z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2452/19	104
139. Wyrok z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2464/19	105
140. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20	106

Art. 90 ust. 1	106
141. Wyrok z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1935/19	106
142. Wyrok z dnia 21 października 2019 r., sygn. akt KIO 1880/19, KIO 1895/19	107
143. Wyrok z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2309/19	107
144. Wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2682/19	108
145. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 51/20	108
146. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 184/20	108
147. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 195/20	109
148. Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt II Ca 653/19	109
Art. 90 ust. 1a pkt 1	110
149. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19	110
150. Wyrok z dnia 18 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2214/19	110
151. Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 82/20	111
Art. 90 ust. 2 i 3	111
152. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1837/19	111
153. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2332/19	112
154. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2514/19	112
155. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19	113
156. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20	113
157. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 262/20	114
Art. 91 ust. 1	114
158. Wyrok z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1851/19	114
159. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19	115
160. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19	115
161. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 177/20	116
162. Wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 299/20	116
Art. 91 ust. 2	116
163. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 124/20	116
164. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 203/20	117
Art. 91 ust. 3	117
165. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2674/19	117
166. Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 18 października 2019 r., sygn. akt X Ga 488/19	118
Art. 91b ust. 1	119
167. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2598/19, KIO 2600/19	119
Art. 91c ust. 3	119
168. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 65/20	119
Art. 91d	120
169. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1805/19	120
170. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2127/19	120
171. Wyrok z dnia 14 stycznia 2019r., sygn. akt KIO 2598/19, KIO 2600/19	121
Art. 92 ust. 1	122

172. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1845/19	122
173. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19	122
174. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2576/19	123
Art. 92 ust. 1 pkt 2	123
175. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1827/19	123
Art. 92 ust. 1 pkt 3	123
176. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2403/19	123
177. Wyrok z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 103/20	124
178. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 266/20	124
Art. 93 ust. 1 pkt 4	125
179. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2216/19	125
Art. 93 ust. 1 pkt 6	126
180. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2212/19	126
Art. 93 ust. 1 pkt 7	126
181. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2212/19	126
182. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19	127
183. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2412/19	128
184. Wyrok z dnia 20 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2487/19	129
185. Wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2585/19	129
186. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2603/19	130
187. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2614/19	130
188. Wyrok z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20	131
189. Wyrok z dnia 20 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 243/20	131
190. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 268/20	132
Art. 94 ust. 1 pkt 1	132
191. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2192/19	132
Art. 96 ust. 1	133
192. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19	133
Art. 138r ust. 1	133
193. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2582/19	133
Art. 139 ust. 1	134
194. Wyrok z dnia 7 stycznia 2020 r., sygn. akt 2547/19	134
Art. 151a ust. 5	135
195. Wyrok z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2137/19	135
Art. 179 ust. 1	136
196. Wyrok z dnia 23 października 2019 r., sygn. akt KIO 2031/19	136
197. Wyrok z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2088/19	136
198. Wyrok z dnia 2 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2549/19	137
199. Wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2585/19	137
200. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19	138
201. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 51/20	138

202. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20	139
Art. 180 ust. 1	139
203. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt XXIII 1023/19	139
Art. 180 ust. 3	140
204. Wyrok z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2272/19	140
205. Wyrok z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2309/19	141
Art. 182 ust. 3	142
206. Wyrok z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2263/19	142
Art. 185 ust. 2	143
207. Wyrok z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2223/19	143
208. Wyrok z dnia 8 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2550/19, KIO 2551/19	143
Art. 186 ust. 2–3a	144
209. Wyrok z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt KIO 2004/19	144
210. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19	144
211. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2628/19	145
Art. 187 ust. 8	146
212. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 156/20, KIO 171/20	146
213. Postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt VII Ca 319/19	146
214. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 sierpnia 2019 r., sygn. akt Ga 852/19	146
215. Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 602/19	147
216. Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 listopada 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1257/19	147
Art. 189 ust. 2 pkt 2	148
217. Wyrok z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 322/20	148
Art. 189 ust. 2 pkt 3	148
218. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 188/20, KIO 221/20	148
Art. 190 ust. 1	149
219. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2044/19	149
220. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 148/20	149
221. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19	150
Art. 190 ust. 1a	151
222. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19	151
223. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2517/19	151
224. Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt II Ca 653/19	152
Art. 190 ust. 3	152

225. Wyrok z dnia 11 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2334/19	152
Art. 190 ust. 6	153
226. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 222/20	153
Art. 190 ust. 7	153
227. Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 21 maja 2019 r., sygn. akt Ga 128/19	153
228. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt VII Ga 298/19	154
Art. 191 ust. 3	154
229. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 222/20	154
Art. 192 ust. 1	155
230. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2129/19	155
231. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2220/19	155
232. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 156/20, KIO 171/20	155
Art. 192 ust. 3 pkt 2	156
233. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19	156
Art. 192 ust. 6a	158
234. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19	158
Art. 192 ust. 7	159
235. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1936/19, KIO 1947/19	159
236. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2332/19	160
237. Wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2478/19	161
238. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2517/19	161
239. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 9/20, 11/20	162
240. Wyrok z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 103/20	162
241. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20	162
Art. 196 ust. 6	163
242. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 215/19	163
Art. 198 ust. 1	163
243. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt VII Ga 298/19	163
Art. 198a ust. 1	164
244. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 sierpnia 2019 r., sygn. akt Ga 852/19	164
245. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 751/19	165
Art. 198a ust. 2	165
246. Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 23 lipca 2019 r., sygn. akt GA 648/19	165

247. Postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 28 sierpnia 2019 r., sygn. akt VI Ga 115/19	165
248. Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt VIII Ga 525/19	166
Art. 198d	166
249. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 809/19	166
Art. 198f ust. 5	167
250. Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 9 grudnia 2019 r., sygn. akt VIII Ga 756/19	167
INDEKS RZECZOWY	168
AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH	171

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

oddajemy w Państwa ręce pierwszy numer publikacji „Orzecznictwo – zamówienia publiczne”, zawierającej usystematyzowany zbiór wybranego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych w zakresie zamówień publicznych w okresie październik 2019 – luty 2020. Warto odnotować w tym miejscu, że we wskazanym czasie Krajowa Izba Odwoławcza wydała kilkaset orzeczeń. Na potrzeby tej publikacji dokonano wyboru 250 orzeczeń, które stanowią te najistotniejsze z punktu widzenia systemu zamówień publicznych.

Przyjętym kryterium doboru orzeczeń była ich waga dla praktyki oraz reprezentatywność z punktu widzenia specyfiki poszczególnych instytucji prawa zamówień publicznych. Powyższy wybór nie był łatwy uwzględniając znaczną liczbę orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą i sądy okręgowe oraz mając na uwadze to, że prawo zamówień publicznych czeka w bliskiej perspektywie czasowej fundamentalne, modelowe zmiany, w związku z wchodzącym w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku nowym Prawem zamówień publicznych. Istotną kwestią było więc dokonanie, w możliwie optymalnym stopniu, wyboru takich orzeczeń, które pozostaną aktualne także po wejściu w życie wspomnianych wyżej przepisów.

Pozwalam sobie wyrazić nadzieję, że ten i każdy kolejny zbiór orzeczeń będzie stanowić cenną pomoc dla zamawiających i wykonawców zarówno w przygotowaniu, jak i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

MAŁGORZATA RAKOWSKA
PREZES
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Art. 7

1. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2134/19

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i określaniu reguł umowy, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku w danej branży, ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego uwzględniających ważny interes publiczny. Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia i realizację celu przyświecającego danemu zamówieniu.

2. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2532/19

Następnie wskazania wymaga, iż prowadzenie postępowania wymaga m.in. stosowania się do zasady przejrzystości. Oznacza to, że na Zamawiającym ciąży m.in. obowiązki uzasadniania dokonywanych przez niego czynności podejmowanych w postępowaniu, skoro wykonawcom, w określonych w ustawie przypadkach, przysługują środki ochrony prawnej. W okolicznościach analizowanej sprawy uwagę tę należy odnieść do decyzji unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej i samej aukcji wobec zmiany oceny co do zasadności przyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego za doświadczenie członka personelu tego wykonawcy. W piśmie z dnia 5 grudnia 2019 r. czynności te zostały uzasadnione w sposób lakoniczny, podczas gdy jest to istotna informacja dla wykonawcy. Wpływa ona bowiem na sposób korzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Art. 8 ust. 1–3

3. Wyrok z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19

W odniesieniu do kluczowej w płaszczyźnie omawianego zarzutu kwestii interpretacji pojęcia „wykazania” skład orzekający odsyła do internetowego słownika języka polskiego (www.sjp.pwn.pl), zgodnie z którym mianem „wykazania” określa się „uzewnętrznienie czegoś”, „ujawnienie istnienia czegoś”, „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący”, z kolei „wy-

kazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy” czy „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Wydawać mogłoby się zatem, że pod pojęciem „wykazania” kryje się synonim pojęcia „udowodnienia”, co jednak jest zbyt daleko idącym uproszczeniem. Gdyby bowiem tak było, to w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp ustawodawca nałożyłby na wykonawcę wprost obowiązek udowodnienia (innymi słowy – przedstawienia dowodów) okoliczności z art. 11 ust. 2 Znk. Oznacza to, że wykazywaniu charakteru zastrzeganych informacji nie przeczy składanie przez wykonawcę oświadczeń o określonej treści. Wiarygodności takich oświadczeń zależy jednak od okoliczności, na potwierdzenie których są składane. Inaczej należy bowiem traktować, np. kwestię wykazania organizacyjnego charakteru zastrzeganej informacji, a inaczej – wykazanie, że w stosunku do takiej informacji podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. Działania takie polegają na stosowaniu fizycznych bądź prawnych środków ochrony, do których przykładów zalicza się przechowywanie informacji w zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem miejscach, monitoring, dbałość o szczelność systemów teleinformatycznych (środki fizyczne), zawieranie umów o zakazie konkurencji, o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych kontrahentom w stosunkach handlowych czy wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji (środki prawne). Wynika z tego, że środki natury prawnej zmaterializowane są w różnych dokumentach, które mogą podlegać ocenie w ramach postępowania dowodowego przed Izbą. W tym aspekcie wykazanie okoliczności należy zasadniczo zrównać z jej udowodnieniem. W przedmiotowej sprawie wspomnianego powyżej elementu zabrakło. Uzasadniając potrzebę zastrzeżenia wykazu osób (...) Konsorcjum XXX wskazało na zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa Grupy XXX (...) tym niemniej dokumentu takiego nie przedstawiło (zob. uzasadnienie zastrzeżenia – pismo z 13 sierpnia 2019 r.). Jest to tym bardziej istotne, że w znowelizowanej przesłance z art. 11 ust. 2 Znk, odnoszącej się do podejmowania działań w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji uwypuklono element zdatowności podejmowanych działań do realizacji celu jakim jest ochrona informacji przed niepowołanym dostępem, na co wskazuje sformułowanie, że działania mają być podejmowane przy zachowaniu należytej staranności. Jako że ocena spełnienia tej przesłanki należy do zamawiającego weryfikującego zasadność dokonanego przez wykonawcę wyłączenia jawności określonych informacji, nie może się ona opierać wyłącznie na zapewnieniach czy deklaracjach odnośnie użyteczności zastosowanych przez wykonawcę środków ochrony. W przedmiotowej sprawie dodatkowym uzasadnieniem takiego zapatrywania jest również okoliczność, że – jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób – „Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach, zaleceniach, instrukcjach i formularzach Polityki Bezpieczeństwa”. Pozbawiając Zamawiającego faktycznej możliwości oceny poruszonych w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób aspektów dotyczących sposobów ochrony informacji Konsorcjum XXX nie wykazało spełnienia przesłanki podejmowania, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności.

Niezależnie od powyższego skład orzekający wskazuje jeszcze na kwestię wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Analiza argumentów przytoczonych na str. 3–4 uzasadnienia zastrzeżenia – pisma z 13 sierpnia 2019 r. – nakazuje przyjąć, że potwierdzeniem wartości gospodarczej informacji o osobach ujętych w wykazie jest funkcjonująca na rynku usług informatycznych nieuczciwa praktyka przejmowania pracowników przez konkurencję (ang. *employee poaching*), której to Konsorcjum XXX się obawia. Abstrahując od okoliczności, że ani w tej, ani w żadnej innej sprawie rozstrzyganej przez Izbę w tym składzie, w której rzeźczony argument się pojawił, nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na istnienie takiego procederu (wykonawcy nań się powołujący traktują go i przedstawiają Izbie jako zjawisko powszechnie znane – fakt notoryjny), to należy zwrócić uwagę na równoległe istnienie innego procesu typowego dla współczesnego rynku pracy jakim jest fluktuacja kadr, który w skutkach

jest identyczny z podkupieniem pracownika, jako że każdy z nich powoduje zmianę pracodawcy. Ogólnikowe sformułowania zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji podanych w wykazie osób nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, którego z tych zjawisk w istocie obawia się Konsorcjum XXX oraz na jakich przesłankach jego obawy się zasadzają. Warto przy tym zaznaczyć, że niezależnie od tego, którego z tych procesów pracodawca doświadcza, jest on w posiadaniu instrumentów niezbędnych ich przeciwdziałaniu, bardziej adekwatnych niż czynienie odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci możliwości zawierania z pracownikami umów o zakazie konkurencji czy kształtowania ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie.

4. Wyrok z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2033/19

Dokonując analizy powyższych wyjaśnień, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK, albowiem Konsorcjum XXX nie wykazało, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przypomnieć należy, że wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na określonym rynku. Przy czym sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów czy ich cen, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy.

I tak, w zakresie danych na temat zawartych umów z innymi podmiotami, uzasadniając zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przystępujący powołał się na fakt, że wartość dla niego mają informacje o innych lokalizacjach, w których usługi są świadczone. Nie wskazał jednak ani w jaki sposób fakt ujawnienia tych informacji mógłby wpłynąć na działalność przystępującego i jakie to ujemne skutki wynikają z faktu, że inni wykonawcy pozyskają wiedzę na ten temat. Nie zaprezentował też jakie działania zostały podjęte w celu zachowania w poufności danych na temat zawartych kontraktów. Nie przekonał również Izby argument w zakresie, w jakim przystępujący podnosił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji odnośnie stawek, za jakie świadczy on usługi. Samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że chroni on między innymi dostęp do informacji o cenach transakcyjnych za realizację zadań o charakterze podobnym. Same twierdzenia w tym przedmiocie należy jednak uznać za ogólne i nie poparte żadnymi dowodami, co przy braku konkretów odnoszących się do tego elementu, np. w postaci przedstawienia umów z podmiotami trzecimi, z treści których wynikałoby, że stosowane są w nich klauzule o poufności – uznać należy za mało konkretne i lakoniczne. Tym samym nie sposób uznać, że wypełniono przesłankę wynikającą z przepisów, upoważniającą do uznania tych informacji za podlegające ochronie. Co więcej przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń zawartych w przedmiotowym piśmie.

5. Wyrok z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2138/19

Ustawodawca nie przewidział definicji ustawowej tak pojęcia „oferta”, jak i „wniosek”, jednak to w ocenie Izby nie oznacza, że dokumenty te muszą być rozumiane wąsko wyłącznie jako formularz oferty czy formularz wniosku o dopuszczenie w przedmiotowej sprawie do dialogu konkurencyjnego. Nie można w ocenie Izby pojęcia wniosek wyklądać w oderwaniu od celu, w jakim ten wniosek się składa. Celem tym jest ocena, czy wykonawca może być dopuszczony do udziału w dialogu, bo spełnia warunki udziału w postępowania (gdy liczba

złożonych wniosków jest równa lub mniejsza niż określona w ogłoszeniu) lub spełnia warunki udziału w postępowaniu i został wyłoniony na podstawie kryteriów selekcji (gdy liczba wykonawców jest większa niż określona w ogłoszeniu) – art. 60d ust. 2 i 3 ustawy. Zatem celem złożenia wniosku nie jest jedynie wyrażenie woli wzięcia udziału w dialogu konkurencyjnym, ale także wykazanie co najmniej spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że elementem wniosku są oświadczenia wykonawców, służące wstępnemu wykazaniu, a na żądanie zamawiającego także wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bezsprene, wnioski nie podlegają udostępnieniu przed upływem terminu na ich składanie – art. 50 ust. 3 ustawy stosowany odpowiednio na podstawie art. 60 c ust. 2 ustawy (...). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający poza wstępnymi potwierdzeniami zawartymi w JEDZ wymagał od wykonawców złożenia oświadczeń dodatkowych uzupełniających JEDZ zawartych w załącznikach nr 3 – wykaz doświadczenia, nr 4 – wykaz osób i nr 5 wykaz doświadczenia w ramach kryteriów selekcji. W ocenie Izby były to oświadczenia łącznie składające się na treść wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym i z chwilą ich poprawienia, złożenia, uzupełnienia wyjaśnienia stawały się częścią wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego służącą ocenie, czy wykonawca ubiegający się o udział spełnia warunki udziału w postępowaniu i ewentualnej oceny, czy będzie do tego udziału zakwalifikowany w ramach kryteriów selekcji. Skoro stawały się elementem wniosku, to także dzieliły jego los i podlegały udostępnieniu, na tych samych zasadach co wniosek. Tym samym w ocenie Izby wykładnia art. 96 ust. 3 ustawy zaprezentowana przez zamawiającego na rozprawie jest sprzeczna z celem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym i nie może być uznana za prawidłową. W konsekwencji zamawiający odmawiając wykonawcom dostępu do tych informacji, naruszył zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy.

6. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2189/19

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. (...) wykaz osób obejmuje w przeważającym zakresie osoby mające pełnić funkcje monterów elektryków. Trudno zakładać, aby były to stanowiska wymagające unikalnych kwalifikacji, szczególnie pożądanых i rzadko spotykanych na rynku pracy. Podobnie, Przystępujący nie wykazał takich okoliczności co do pozostałych osób, tj. kierownika robót elektrycznych oraz kadry kierowniczej z wykształceniem wyższym w specjalności sterownika ruchem drogowym. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że przepływ pracowników w ramach danej branży jest zjawiskiem naturalnym na rynku pracy, zatem opisane przez Przystępującego próby pozyskania jego pracowników przez innego pracodawcę, nie mogą same w sobie przesądzać o zasadności zastrzeżenia wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że nie wiadomo nawet, jakich pracowników (o jakich kwalifikacjach) takie próby dotyczyły. Podobnie wskazane przez Przystępującego „podrzucanie ulotek” z ofertami pracy nie może usprawiedliwiać odstępiania od zasady jawności postępowania. Kierując się tokiem rozumowania Przystępującego należałoby dojść do wniosku, że zasadne jest utajnianie wykazów personelu we wszystkich postępowaniach przetargowych. Wniosek taki jest oczywiście nieprawidłowy i godzący w naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych.

7. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłączenie „oświadczenia” czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art.11 ust. 2 uznk.

8. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2315/19

Wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego przepisu wynika (wnioskowanie a contrario), że nie korzystają z ochrony (ujawnia się) zastrzeżone przez wykonawcę informacje, o ile wykonawca nie wykazał, zastrzegając je, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej. Za wyrokiem SO we Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 podkreślić należy, że jedną z głównych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy). Zasada ta ograniczona może być jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości nieujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa”. Konsekwencją braku właściwego wykazania, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy obliguje zamawiającego, do ich ujawnienia. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

9. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2339/19

W odniesieniu do wykazu usług Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że sam fakt porozumienia się dwóch podmiotów o zachowaniu danych informacji w poufności nie może być uznany za wystarczający środek uzasadniający dokonanie zastrzeżenia. Istotne bowiem w sprawie jest to, czy dany zamawiający jest zobowiązany udostępnić informacje dotyczące konkretnej umowy. Nie ma wątpliwości, co do tego, że obowiązkowi udostępnienia podlegają umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy, które nie są wprawdzie zamówie-

niem publicznym, jednak informacja o nich stanowi informację publiczną w rozumieniu przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1429). Obowiązki te powinny być znane tak XXX, jak i zamawiającemu. Tymczasem XXX oraz zamawiający kwestię tę całkowicie pominieli. Już to pozwala na uznanie oceny prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokonaną przez zamawiającego za nieprawidłową. Sam fakt podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do zachowania informacji w poufności jest niewystarczający, jeśli dana informacja z mocy prawa nie podlega zastrzeżeniu.

Podobnie należy ocenić kwestię zastrzeżenia podwykonawstwa. Umowa zawarta w tym postępowaniu, której wzór stanowi załącznik do siwz jest jawna z mocy art. 139 ust. 3 Pzp. Załącznik Nr 16 do umowy zatytułowany Podwykonawcy przewiduje zarówno wskazanie firm podwykonawców, jak i zakresu podwykonawstwa. Informacje te będą jawne po zawarciu umowy, zatem zastrzeżenie ich wyłącznie na potrzeby postępowania zmierzającego do zawarcia tej umowy nie może być skuteczne.

W ocenie Izby nie została wykazana również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Za niewystarczające należy uznać opieranie przekonania o wartości gospodarczej danej informacji wyłącznie na ogólnych pozbawionych uzasadnienia danych wskazanych przez wykonawcę. Informacje podawane przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być obiektywnie możliwe do weryfikacji, a nie wynikać z subiektywnego przekonania wykonawcy.

W zakresie zastrzeżenia zasobów udostępnianych przez XXX Izba zważyła, że pisma XXX uzasadniające zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierają odrębnego odniesienia do tej kwestii. Skoro obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien on odnieść się jasno i wyraźnie do konkretnego zastrzeżenia. Uzasadnienie powinno jednoznacznie wynikać z pisma wykonawcy, a nie być wyinterpretowane przez zamawiającego y Izbę.

10. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2376/19

Informacje, aby mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą mieć wartość gospodarczą, tj. powzięcie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski.

Jeśli potwierdzeniem wartości gospodarczej informacji o osobach ujętych w wykazie jest funkcjonująca na rynku nieuczciwa praktyka przejmowania pracowników przez konkurencję, jak twierdził Odwołujący, to okoliczność ta nie została wykazana ani w zastrzeżeniu złożonym przez Odwołującego w ofercie, ani w postępowaniu odwoławczym. Twierdzenie Odwołującego o zagrożeniu przejścia personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie została przez Odwołującego nawet uprawdopodobniona. Odwołujący nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło Odwołującego lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy. Odwołujący wręcz przeciwnie wyjaśniał, że od wielu lat współpracuje na zasadach umowy o pracę z tymi samymi osobami: „Odwołujący w identycznej lub nieznacznie zmienionej strukturze funkcjonuje na rynku od kilkunastu lat biorąc udział w postępowaniach o zamówienie publiczne z tym samym lub bardzo podobnym składem ekspertów, gwarantujących najwyższy poziom profesjonalizmu usług realizowanych przez Odwołującego.” nie wskazując choćby na próbę przejścia swoich pracowników przez innego wykonawcę.

To, że w innych postępowaniach dane osób z Załącznika nr 8 nie zostały ujawnione, choć ten fakt również nie został przez Odwołującego udowodniony, nie oznacza, że informacje zawarte w Wykazie dotyczące wskazanych osób stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności że nie są dostępne jako informacje publiczne w związku z realizowanymi przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego projektami budowlanymi. Twierdzenia Odwołującego

w powyższym zakresie pozostały gołosłowne. Zauważyć należy, że praktyka zastrzegania przez wykonawców w ofertach wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 roku (Sygn. akt. VIII Ca 881/05) stwierdzono, że nie jest możliwe utajnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby odpowiednich uprawnień, w tym także posiadanych kwalifikacji.

Ponadto należy wskazać, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być tajemnicą od chwili ich wytworzenia oraz od tego momentu powinny być chronione przez przedsiębiorcę. Informacja o udziale danej osoby w procesie budowlanym powstaje w sposób jawny, jest zamieszczana w publicznie dostępnych dokumentach, zatem brak jest możliwości uznania, że dana informacja staje się tajemnicą w momencie, w którym opracowywana jest oferta. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być postrzegane w sferze obiektywnych faktów, a jego byt nie jest uzależniony jedynie od woli danego przedsiębiorcy lub od ewentualnego zainteresowania tajemnicą osób trzecich.

Okoliczność, że wskazane osoby stanowią „zasadniczo” zasoby własne Odwołującego, będące specjalistami zatrudnionymi w przedsiębiorstwach Odwołującego na umowę o pracę, także nie dowodzi, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, że w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnego wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów, konkretnych regulacji i postanowień dotyczących zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Jednocześnie Izba oceniła jako spóźnione złożenie ww. dowodów przez Odwołującego dopiero na rozprawie. W świetle brzmienia art. 8 ust. 3 Pzp, skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić na etapie składania ofert i na ten moment powinno nastąpić wykazanie zasadności tego zastrzeżenia przez wykonawcę, a tym samym złożenie przekonujących dowodów.

Według stanowiska Odwołującego, informacja o doborze personelu przez Odwołującego stanowi informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą wartość gospodarczą z uwagi na specyfikę rynku usług projektowych, na którym kompetencje projektantów decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a dysponowanie danym personelem decyduje bezpośrednio o możliwości pozyskania zamówienia. Zdaniem Izby, z powyższego wynika, że wartość gospodarczą stanowi dysponowanie personelem, a nie dysponowanie informacją o osobach, podmiotach ich zatrudniających lub numerach uprawnień, którymi dysponuje inny wykonawca. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż objęcie Wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa w danym postępowaniu jest jedynym skutecznym sposobem utrzymania przewagi konkurencyjnej, wynikającej z posiadania danego personelu, w kontekście możliwości uzyskania konkretnego zamówienia i w ogóle możliwości skutecznego konkurowania z innymi uczestnikami rynku. Podkreślić należy, że wykonawca nie jest właścicielem zasobów w postaci uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia, osób, które zatrudnia, są to bowiem dobra przynależne do osoby. Odwołujący nie wykazał, że wskazane osoby nie posługują się w sposób dostępny dla ogółu powyższymi informacjami np. przy wykonywaniu innych projektów.

Dodatkowo Izba nie podzieliła opinii Odwołującego, że do informacji utajnionych w Wykazie personelu wykluczony jest dostęp w tzw. „zwykłej drodze”. Skoro bowiem jest możliwe powzięcie tych informacji w drodze dostępu do informacji publicznej oraz w publicznych rejestrach, to jest to zwykła i dozwolona droga. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, że znając dane osobowe konkretnego specjalisty „teoretycznie możliwym jest uzyskanie informacji na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji)”. Jak wynika z powyższego, utajnienie danych dotyczących wskazanych osób ma na celu przede wszystkim utrudnienie pozyskania tych danych przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu.

11. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy – ściślej mówiąc – ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...) W ocenie Izby złożenie dowodów dopiero w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą należy uznać za spóźnione. Jak już wyżej wskazano, przystępujący zobowiązany był je złożyć w terminie wyznaczonym na składanie ofert. Na podstawie złożonych w tym terminie wyjaśnień i dokumentów zamawiający podejmuje bowiem decyzję w przedmiocie ujawnienia zastrzeżonych informacji i czynność ta jest przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej. W rozpoznawanej sprawie Izba bada bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy P.z.p. dokonanych na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

12. Wyrok z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2537/19

Następnie przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

13. Wyrok z dnia 25 lutego 2020r., sygn. akt KIO 274/20 i KIO 276/20

Zamawiający miał pełną świadomość, iż wykonawca nie dokonał żadnego zastrzeżenia co do tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w tych dokumentach. Zamawiający sam bazując na własnym doświadczeniu i wiedzy, uznał, że dokumenty te mogą zawierając tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego wystosował do wykonawcy wezwanie, pouczając go, że jeśli jego zamiarem było objęcie przedmiotowych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, to powinien dokonać stosownego zastrzeżenia i wykazać jego zasadność. Takie działanie pozostaje w oczywistej sprzeczności zarówno z zasadą jawności postępowania, jak i z zasadą równego traktowania wykonawców. Tym bardziej rażące jest dalsze postępowanie Zamawiającego, który otrzymując od Konsorcjum XXX (...) lakoniczne wyjaśnienia mające wskazywać na poufność, skierował do tego wykonawcy kolejne wezwanie. (...) Orzecznictwo dopuszcza co najwyżej możliwość wyjaśnienia pewnych niejasności, które mogą się nasunąć Zamawiającemu w wyniku lektury uzasadnienia zastrzeżenia w odniesieniu do informacji i dowodów przedstawianych przez wykonawcę w tym zastrzeżeniu. Jednakże wyjaśnienia takie nie mogą sprowadzać się do umożliwienia wykonawcy przedstawienia całkowicie nowych okoliczności, których wykonawca zaniechał wskazać w terminie, w którym winien był to uczynić.

14. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt V Ca 605/19

Zgodnie z poglądem prezentowanym w doktrynie „tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym zestawieniu może tworzyć nową wymierną wartość gospodarczą” (tak Janusz Szwaia) Red. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz wydanie 5, Komentarz do art. 1 I ZNKU red. Szwaia 2019, NB 8.

Podkreślić należy, iż powzięcie informacji przez innych uczestników rynku na temat sposobu projektowania przez skarżącego systemów typu GIS, spowoduje, że konkurenci będą mogli te rozwiązania stosować w swoich ofertach, a tym samym przewaga konkurencyjna skarżącego zniknie, a przynajmniej zostanie w znacznym stopniu zmniejszona. Utrudni to skarżącemu pozyskiwanie kolejnych zamówień dlatego też i z tych względów w ocenie Sądu Okręgowego należy uznać, że informacja ta ma charakter gospodarczy właśnie dlatego, że jest tajna.

Art. 9a ust. 1

15. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2577/19

Zgodnie z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. (...) Co do zasady Izba podziela stanowisko Odwołującego, który podkreślał, iż termin składania ofert winien zostać wyznaczony w sposób indywidualny dla danego zamówienia z uwzględnieniem jego specyfiki i złożoności, w tym obszerności dokumentacji postępowania. Podkreślić jednak należy, iż zasadność zarzutu wykonawcy nie może się opierać wyłącznie na subiektywnym twierdzeniu o zbyt krótkim terminie na sporządzenie oferty. Odwołujący powinien wykazać obiektywne okoliczności uniemożliwiające złożenie oferty w terminie określonym przez Zamawiającego, czemu zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca nie sprostął. Wskazać należy, że wykonawca powinien posiadać odpowiednie zasoby kadrowe, które może oddelegować do przygotowania oferty. Być może z uwagi na rozmiar dokumentacji i termin składania ofert wykonawca będzie musiał oddelegować większą liczbę pracowników do przygotowania oferty, a tym samym ponieść dodatkowe koszty, jednakże okoliczności te leżą w subiektywnej ocenie i decyzji wykonawcy i nie mogą uzasadniać dostosowania zapisów SIWZ do subiektywnych żądań wykonawcy.

Art. 10a ust. 5

16. Wyrok z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2270/19

Nie budzi więc wątpliwości, iż w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jednolity europejski dokument zamówienia podmiotów trzecich powinien być sporządzony w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś niedochowanie ww. wymogów skutkuje jego nieważnością. Podkreślić należy, iż to w przepisach

rangi ustawowej ustawodawca określił w jakiej formie winien zostać złożony jednolity dokument, jak również wskazał rygor w przypadku jej uchybienia. (...) W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie miała wątpliwości, iż jednolite europejskie dokumenty zamówienia podmiotów trzecich, na których potencjał powoływał się wykonawca XXX, zostały sporządzone w postaci elektronicznej, poprzez zeskanowanie dokumentów w wersji pisemnej i ich przekształcenie do postaci cyfrowej. Istotne natomiast było to, iż zdigitalizowane w ww. sposób dokumenty JEDZ zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tyle że nie był to podpis wystawcy ww. dokumentów, a notariusza, który poświadczył za zgodność dokumenty wtórne z okazanym mu oświadczeniem JEDZ. Tym samym w przedmiotowej sprawie zasadnicze znaczenie miało ustalenie, jakie skutki wywołuje poświadczenie przez notariusza zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, tj. na kanwie niniejszej sprawy JEDZ podmiotów trzecich, opatrzonego przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w kontekście zastrzeżonej dla jednolitego dokumentu formy. (...) notarialne poświadczenie oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich opatrzone przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie nie konwaliduje nieprawidłowej formy JEDZ podmiotów trzecich, bowiem brak jest elektronicznego podpisu wystawcy dokumentu JEDZ.

17. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19

Reasumując, nie ma wątpliwości, że dla zachowania formy elektronicznej konieczne jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przy czym chodzi o tzw. bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowalny przez tego, komu składane jest oświadczenie woli w tej formie, przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

18. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt III Ca 1680/19

Do pełnomocnictwa do podpisania JEDZ nie znajdzie bowiem zastosowania art. 99 par. 1 k.c., który wymaga, by pełnomocnictwo do czynności w zastrzeżonej formie zostało udzielone w takiej samej formie. JEDZ nie jest oświadczeniem woli, a jedynie związanym z ofertą oświadczeniem wiedzy. To w ofercie zawarte jest oświadczenie woli składane zamawiającemu, a oferta składana jest w formie pisemnej. JEDZ jest tylko oświadczeniem pobocznym, które nie ma samodzielnego celu i znaczenia prawnego. Ze względu właśnie na powyższe, do skutecznego złożenia dokumentu JEDZ wystarczające jest w ocenie Sądu Okręgowego pełnomocnictwo w formie zwykłej. Taką koncepcję uznał za uzasadnioną również Urząd Zamówień Publicznych. Przyjęcie odmiennego stanowiska w powyższym zakresie godziłoby w art. 25 ust. 2 rozporządzenia PE i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, który stanowi, że kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu. Skoro zatem zwykła forma pisemna oraz forma elektroniczna (z bezpiecznym podpisem kwalifikowanym) są traktowane jako równoważne, strony mogą dokonać wyboru jednej z nich zarówno w przypadkach, gdy ustawa zastrzega zachowanie zwykłej formy pisemnej, jak i w ramach uprawnienia wynikającego z art. 76 kodeksu cywilnego. Tym samym, wbrew zapatrywaniom Skarżącego, zasadnym jest uznanie za prawidłowe również udzielenie pełnomocnictwa w formie pisemnej i przesłanie pełnomocnictwa w formie pisemnej wraz z ofertą.

19. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 16 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 649/19

(...) ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa szczegółowych zasad i trybu udzielania pełnomocnictw, w związku z tym odpowiednie zastosowanie, w myśl przepisu art. 14 ust. 1 Pzp, znajdują przepisy kodeksu cywilnego, tj. art. 99 k.c. oraz art. 78 k.c. w zw. z art. 781 k.c. dotyczące formy czynności prawnej. W świetle art. 99 par. 1 k.c., jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Zgodnie natomiast z art. 10a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, w którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca określił w przywołanej regulacji po pierwsze wymóg sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, po drugie opatrzenie tak sporządzonego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym podkreślić należy, że ustawodawca nie zdefiniował w żaden sposób pojęcia „postać elektroniczna”. Zauważyć należy, że sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej. O ile złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor, o tyle złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej może już nie spełniać wymagań formy elektronicznej. Przy czym dla zachowania formy elektronicznej niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek, tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W myśl powyższych przepisów, oczywistym jest, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Zauważyć jednak należy, iż art. 78(1) par. 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Sądu Okręgowego, stanowić naruszenia art. 99 k.c., bowiem jeśli pełnomocnictwo ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe. Jednakże w odniesieniu do pełnomocnictwa, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2019 r., sygn. akt: 412/19 (Legalis nr 2212416), będzie mogło być ono przedstawić zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z treści wskazanego przepisu wynika bowiem, iż w sytuacji, gdy nie ma pełnomocnictwa w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia, a sporządzono dla danej osoby pełnomocnictwo w formie pisemnej, tj. z własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia, można złożyć kopię pełnomocnictwa, ale notarialnie poświadczoną elektronicznie. Umocowanie Lidera Konsorcjum XXX do działania w imieniu członków Konsorcjum zostało zatem potwierdzone przy pomocy dokumentu, który został podpisany elektronicznie. Skoro obowiązująca linia orzecznicza dopuszcza możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariu-

sza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym pełnomocnictwa udzielone przez XXX są ważne. Przesłanie do zamawiającego za pośrednictwem poczty e-mail skanu, a więc kopii, pełnomocnictwa udzielonego przez XXX SA oraz pełnomocnictwa udzielonego przez XXX z podpisem mocodawcy złożonym na piśmie oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem i zawierających podpis elektroniczny notariusza czyni zadość przepisom o formie czynności prawnej.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

20. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/20

Izba podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, iż „w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. (...) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów.” Ponadto Naczelny Sąd Administracyjny w ww. wyroku podkreślił, co Izba w pełni podziela, iż istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 ustawy Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. (...) Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonych zadań, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18). Słusznie zatem wskazywał Odwołujący 2, że nie chodzi tutaj o wylegitymowanie się przez Konsorcjum XXX doświadczeniem w realizacji całej Inwestycji E-30, lecz o wykazanie się kluczowymi z perspektywy Zamawiającego elementami – doświadczeniem w realizacji robót budowlanych dotyczących nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej, wykonywanych w ściśle określonych warunkach i o określonej długości, tak aby wykonawca, który realizował będzie zamówienie, w tym osobiście kluczowe części zamówienia, posiadał doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania tych robót.

Art. 22 ust. 1a**21. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19**

Izba oceniając zarzut naruszenia powyżej wskazanego przepisu wzięła pod uwagę zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Szczególne znaczenie w tym kontekście dla przedmiotowej sprawy należy przypisać zasadzie proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich podmiotów istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie może stawiać określone wymagania – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania.

W tym kontekście Izba oparła się także na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii). Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?”. Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękopmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Ponadto w ocenie Izby obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej.

22. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2071/19

(...) takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, które oznacza konieczność legitymowania się przez wykonawcę określonym statusem partnerskim u producenta sprzętu, nie pozwala na przeprowadzenie weryfikacji z przesłankami wyrażonymi w art. 22 ust. 1a Pzp, gdyż ani z treści ogłoszenia o zamówieniu, ani też z treści SIWZ nie wynikają bowiem konkretne warunki jakie spełnić ma wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba w pełni uznała także twierdzenia odwołującego wskazujące, iż producenci sprzętu nie stosują tych samych kryteriów dla ustalenia poziomów partnerstwa z dystrybutorami, przez co należy uznać, że wykonawcy, którzy powołują się na status partnerski u różnych dostawców sprzętu, będą w rzeczywistości spełniać inne kryteria. Zamawiający nie był przy tym w stanie wykazać przed Izbą, że istnieją te same, ogólnie przyjęte kryteria dla ustalenia poziomów partnerstwa. Zamawiający na rozprawie stwierdził jedynie, że jeśli chodzi o wymóg

wskazujący na najwyższy stopień partnerstwa, to wymagania dla tego najwyższego stopnia partnerstwa dla różnych producentów są właściwie jednakowe. Izba uznała takie stwierdzenie za gołosłowne. W związku z tym brak możliwości weryfikacji warunku z przesłankami określonymi w art. 22 ust. 1a Pzp, tj. w szczególności pod kątem proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, wyklucza możliwość postawienia tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i stanowi także naruszenie ww. przepisu.

23. Wyrok z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2228/19, KIO 2249/19

Przywołane przepisy art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu dokonywanie takiego opisu warunków udziału w postępowaniu, który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny do celu stawiania warunków, jakim jest zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consortio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia (...).

Art. 22a ust. 4

24. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20

Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016r. sygn. akt KIO 1911/16). Dyspozycja art. 22a ust. 4 Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony (por. KIO z 10 maja 2016 r. sygn. akt KIO 661/16).

Art. 22a ust. 6**25. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19**

Posłużenie się przez ustawodawcę wyrażeniem „zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami” przesądza, iż w tym przypadku chodzi o powołanie się na zasoby nowego podmiotu trzeciego na etapie badania i oceny ofert. Wymaga wskazania, iż skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę częściowo podziela stanowisko zaprezentowane w powyższym zakresie przez odwołujących, powołujące się na wyrok Izby z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt KIO 2083/18. Należy jednak wskazać, iż jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej „spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niedziałania prawa wstecz, i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem* (tak w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2008 r. C-268/06; podobnie w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03). Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez odwołujących stanowiłoby wykładnię *contra legem*, skoro w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wyraźnie przewidziano uprawnienie wykonawcy do zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem trzecim, a nawet kilkoma takimi podmiotami, na etapie badania i oceny ofert. Należy również podkreślić, iż zasada pewności prawa ma bardzo istotne znaczenie w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych. Nie można zamawiającym zarzucać stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucji w sposób jednoznaczny uregulowany w przepisach ustawy Pzp. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, iż zastosowanie określonej wykładni przepisów korzystne dla jednego wykonawcy, na ogół wywołuje skutek w odniesieniu do sfery interesów innego wykonawcy, w szczególności poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż w obecnym stanie prawnym nie można wykonawcom odmówić skorzystania z uprawnienia w sposób jednoznaczny uregulowanego w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Należy jednak z całą stanowczością podkreślić, iż ww. instytucję należy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosować z dużą ostrożnością, mając na uwadze uregulowane w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe dotyczy w szczególności stosowania zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów wypracowanej na gruncie regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 22a ust. 2**26. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19**

Ze wskazania pośredniego sposobu wykorzystania zasobów oraz wskazania, iż przystępującego z podmiotem trzecim będzie łączył stosunek umowny nie wynika na czym będzie polegało udostępnienie zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej. Nie było zatem możliwe uznanie, iż udostępnienie to miało charakter realny, a zatem że przystępujący będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Należy przy tym zauważyć, iż sytuacja ekonomiczna danego podmiotu określana wskaźnikiem ekonomicznym jakim jest uzyskanie przychodu na wymaganym poziomie jest ściśle związana z tym podmiotem i z tego powodu możliwość skorzystania z zasobów podmiotów trzeciego w odniesieniu do tej kategorii warunku jest bardzo ograniczona. Powyższe w żaden sposób jednak nie oznacza, iż w takiej

sytuacji wykonawcę w mniejszym stopniu obciąża obowiązek udowodnienia, iż realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego. Ponadto należy zauważyć, iż dokonywanie oceny realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego możliwe jest dopiero w sytuacji przekazania w postępowaniu informacji pozwalających na dokonanie takiej oceny, co w analizowanym przypadku nie miało miejsca. Podanie ww. informacji winno mieć miejsce w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 22c

27. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że papiery wartościowe zapisane na rachunku maklerskim wykonawcy XXX charakteryzują się taką płynnością, która umożliwia niezwłoczne pokrycie ryzyka lub strat środkami pieniężnymi uzyskanymi z tych środków niepieniężnych. Nawet więc gdyby zastosować zaproponowaną przez Zamawiającego definicję „środków finansowych”, to sam Zamawiający dokonał błędnej interpretacji tej definicji do okolicznościach niniejszej sprawy.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów pojęcia „środków finansowych”. Jak Izba wskazała powyżej, również Zamawiający nie sprecyzował w żaden sposób w SIWZ jak należy rozumieć pojęcie „środków finansowych”. Izba wielokrotnie wskazywała, w przypadku braku dookreślenia przez Zamawiającego danego pojęcia w SIWZ, należy mu nadać znaczenie potoczne, powszechnie przyjęte. W przypadku pojęcia „środków finansowych”, Izba stoi na stanowisku, iż każdorazowo chodzi tutaj o zdolność finansową rozumianą jako możliwość dysponowania środkami pieniężnymi, czego nie można utożsamiać ze sferą majątkową wykonawcy. Jednostki uczestnictwa reprezentujące prawa majątkowe uczestnika funduszu inwestycyjnego czy papiery wartościowe zapisane na rachunku maklerskim nie są tożsame ze środkami pieniężnymi. Stąd złożenie informacji pochodzącej od Banku stwierdzającej stan jednostek uczestnictwa nie potwierdza zdolności finansowej. Podobnie Izba stoi na stanowisku, że papiery wartościowe dotyczą sfery majątkowej wykonawcy i nie są *stricto* środkami pieniężnymi pozostającymi w dyspozycji wykonawcy. Jak zostało wskazane powyższej płynność papierów wartościowych zależy od ich rodzaju, płynności giełdy na której są one notowane, jak i wielu innych czynników, o których Zamawiający nie musi mieć wiedzy. Dlatego też dopuszczenie możliwości oceny zdolności finansowej wykonawcy w oparciu o papiery wartościowe zapisane na jego rachunku maklerskim jest bardzo ograniczone. Możliwość taką mógłby dopuścić Zamawiający w SIWZ, jednakże wymagałoby to sprecyzowania zarówno co do rodzaju papierów wartościowych, jak i ich płynności. Takich zapisów Zamawiający jednakże nie wprowadził w SIWZ. Zastosowana zaś przez niego definicja „środków finansowych” z ustawy o usługach płatniczych została błędnie zinterpretowana.

Art. 22d ust. 2

28. Wyrok z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 105/20

Oceniając przedmiotowy zarzut, Izba wzięła pod uwagę cel normy określonej art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, którym jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej

strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępność określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłoby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej.

Ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy i zależna od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Nie bez powodu norma art. 22d ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, dotyczy ona bowiem okoliczności, które mogą być zmienne w czasie, co do których nie zawsze możliwe jest ustalenie przesłanek jej zastosowania już w momencie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się oczywiście zdarzyć, że z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegóły dotyczące jego zaangażowania w realizację innych zadań, już w dacie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu możliwe jest ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny, nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel czy urządzenia dla każdego postępowania, wyłączając je z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia zasób wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania. O ile istnieje realna możliwość zapewnienia, że ten personel czy urządzenia będą mogły posłużyć do realizacji zamówienia, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić, oceniając potencjał wykonawcy.

29. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 148/20

Omawianą przesłankę należy więc połączyć z celem normy, jakim jest zagwarantowanie zamawiającemu możliwości przeciwdziałania zawarciu umowy z wykonawcą, który – już w świetle wiedzy posiadanej przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – swoich zobowiązań nie zrealizuje, bądź zrealizuje je nienależycie, jak należy rozumieć sformułowanie „negatywnego wpływu na realizację zamówienia”, którym posłużył się ustawodawca. „Negatywny wpływ” jest pojęciem pojemnym z tej przyczyny, że obejmuje on wszystkie potencjalne szkody, mające swój grunt tak w ustawie, jak i wynikający z umowy (rozkład ryzyka, odpowiedzialność kontraktowa, w tym na zasadzie kary umownej itp.). (...) Warto nadmienić również, że pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy. Zatem aby wykazać, że doszło do wypełnienia hipotezy przedmiotowej normy i podjąć

działania zmierzające do stwierdzenia braku spełnienia warunku przez wykonawcę, należy oprzeć się na zgromadzonych dowodach, wskazujących, że zasoby wykonawcy będą niedostępne w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, co powoduje realne zagrożenie zaistnienia szkody – w szczególności kontraktowej.

Art. 23 ust. 1

30. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20

Izba podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2018r. sygn. akt II GSK 4133/17 (który dotyczył wprowadzie nabytego doświadczenia w ramach konsorcjum, jednak na gruncie przedmiotowej sprawy stanowią analogię w stosunku do podmiotu nabywającego doświadczenie), iż „w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań zrealizowanych przez innych wykonawców. (...) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych.

Izba wskazuje, że istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia, będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.

Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego mu zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018r. sygn. akt KIO 568/18).

Art. 23 ust. 3

31. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/20

Zarzucana przez Odwołującego 1 niedopuszczalność łączenia doświadczenia dwóch podmiotów celem spełnienia warunku odnoszącego się do dwóch robót budowlanych nie znajduje zatem oparcia w treści obowiązujących przepisów. Potwierdza to wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14 *Partner Apelski Dariusz* (odnoszący się co prawda do dyrektywy 2004/18, niemniej zachowujący aktualność), gdzie wskazano, iż przepisy przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dyspono-

wał zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Jednocześnie Trybunał wskazał, iż przepisy dyrektywy nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z ww. prawa było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach. Jak zwrócił jednak uwagę Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*, „zamówienia publiczne powinny być zasadniczo otwarte na konkurencję. W świetle tego celu wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu innych podmiotów stanowi wyjątek (...). W konsekwencji, jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie wykluczenie nie występuje, to nie należy go po prostu domniemywać. Musi ono być w jasny sposób wyrażone”. Jeżeli zatem zamawiający decyduje się na odejście od ww. zasady łączenia doświadczenia kilku podmiotów, powinien dać temu jasny wyraz w treści postanowień SIWZ, mając jednocześnie na względzie, że wszelkie tego rodzaju ograniczenia powinny mieć związek z przedmiotem zamówienia i być do niego proporcjonalne.

Art. 24 ust. 1 pkt 12

32. Wyrok z dnia 16 października 2019 r., sygn. akt KIO 1941/19

Składane przez wykonawcę w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego (lub inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp) stanowi potwierdzenie, że dany potencjał został wykonawcy faktycznie udostępniony dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie to stanowi zatem niezbędny punkt wyjścia do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców oraz środki dowodowe w postaci dokumentów, jeśli wykonawcy powołują się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia tych warunków.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wykonawcom w określonym zakresie naprawę zaniechań czy błędów popełnionych przy składaniu dokumentów. (...) Regulacja ta określa zasady zwywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia i obejmuje zarówno dokumenty dotyczące wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, jak też dokumenty wykonawcy wykazującego spełnienie warunków i brak podstaw do wykluczenia przy pomocy podmiotu trzeciego. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie precyzuje, na jaki moment powinny być aktualne uzupełnione dokumenty. Nie ulega jednak wątpliwości, że treść uzupełnionych oświadczeń powinna wskazywać na spełnienie przez wykonawcę (samodzielnie bądź przy udziale podmiotu trzeciego) warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia zgodnie z regułą wyrażoną w art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń „zwykłych”, a także zobowiązań podmiotów trzecich (art. 22a ustawy Pzp), na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia lub zobowiązania powinny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków. Oznacza to, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków. (...) Zważyć bowiem należy, że możliwość wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę polegającego na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dys-

ponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy. Stanowisko to pozostaje też w zgodzie z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie można uznać za skuteczne wykazania spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę XXX, jako że dokumenty przekazane przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w dniu 26 lipca 2019 r., dotyczące nowego podmiotu trzeciego, w żaden sposób nie wskazywały na spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Dokumenty te nie tylko datowane są na okres późniejszy niż dzień składania ofert, ale przede wszystkim z ich treści nie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca XXX i nowy podmiot trzeci pozostawali w porozumieniu co do udostępnienia wykonawcy zasobów owego podmiotu trzeciego. Takiego porozumienia nie wykazał wykonawca XXX. Przeciwnie, na dzień składania ofert wykonawca ten dysponował potencjałem innego podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła zatem, że wykonawca XXX nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i z tego powodu podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

33. Wyrok z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2352/19

Spór sprowadzał się przede wszystkim do ustalenia, czy Odwołujący słusznie utożsamiał rozumienie pojęcia „usługi” z pojęciem „umowy”. Izba ustaliła, że takie wnioskowanie nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ i w kontekście przedmiotowego postępowania stanowiłoby niedozwoloną modyfikację warunku udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert.

Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu posługuje się sformułowaniem „usługi”, niemniej nie definiuje ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia usługi jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ. Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów. Ponadto pojęcie usługi wyrażone w ustawie Pzp nie odnosi się do jednej umowy, bowiem art. 2 pkt 10) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. Zgodnie z tym przepisem przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

34. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19

Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że z pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ wynika, iż wykonawca miał obowiązek wykazać, iż posiada doświadczenie w wykonaniu 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 3 000 000 brutto każda polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej. Roboty budowlane miały zatem polegać na wykonaniu budowy budynku użyteczności publicznej. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budowy”. Za zasadne Izba uznała posłużenie się posilkowo definicjami zawartymi w ustawie Prawo budowlane (tj. z dnia 21 maja 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) (dalej „Prawo budowlane”). Zapisy SIWZ kierowane są bowiem do profesjonalistów w dziedzinie robót budowlanych, co czyni zasad-

nym przypisanie znaczenia pojęć niezdefiniowanych w SIWZ w sposób określony przez ustawodawcę w przepisach regulujących wykonywanie robót budowlanych. (...) Ustawodawca w sposób wyraźny rozróżnia prace budowlane polegające na budowie obiektu budowlanego od prac budowlanych polegających na przebudowie. Zamawiający w treści SIWZ odwołał się wyłącznie do budowy obiektu, nie zaś przebudowy. Nie dał wyrazu w jakikolwiek inny sposób, iż pojęcie budowy winno być odmiennie interpretowane niż we wskazanych powyższej przepisach Prawa budowlanego. Przyjęcie na potrzeby oceny doświadczenia wykonawcy XXX rozumienia pojęcia „budowy” obiektu użyteczności publicznej w sposób odmienny niż wynikający z przepisów ustawy Prawo budowlane jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Stanowi próbę sanowania nieprawidłowości w dokumentacji złożonej przez wykonawcę XXX. Pomimo iż Zamawiający nie referuje w SIWZ do przepisów prawa budowlanego, to w ocenie Izby, zasadne jest posługiwanie się definicjami zawartymi w tej ustawie. Jest ona bowiem adresowana właśnie do takich profesjonalnych podmiotów jak wykonawca XXX, jak również sam Zamawiający winien znać jej zapisy, organizując przetarg na realizację robót budowlanych. Zamawiający nie wykazał również w żaden sposób, iż na rynku usług budowlanych pojęcie „budowy” obiektu obejmuje swoim zakresem także jego przebudowę.

35. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2570/19

Odwołujący podniósł także, że wykonawca XXX nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 2.3.1. SIWZ, a także wprowadził Zamawiającego w błąd przez powołanie się na wykonanie roboty „Przebudowa sieci wodociągowej oraz budowa kanalizacji sanitarnej w XXX”, mimo że robota ta zrealizowana została w konsorcjum z XXX Sp. z o.o. Przy ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu Izba wzięła pod uwagę oświadczenie wykonawcy XXX, że przy realizacji ww. zamówienia był wykonawcą istotnych części zamówienia, które obejmowały zakres wymagany obecnie przez Zamawiającego. Izba miała jednak na względzie orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, który stwierdził, że wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia. Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Izba nie wyklucza przy tym możliwości powołania się przez wykonawcę XXX na przedmiotowe zamówienie, jednak w tym celu niezbędne byłoby wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zakresu faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę XXX prac.

36. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2637/19

Okoliczność dotycząca naliczenia kary umownej za nieterminowe przekazanie opracowania Etapu 2.3, której zarówno Zamawiający, jaki i XXX nie zaprzeczyli, nie wyklucza należytego wykonania prac. Samo naliczenie kar umownych nie przesądza o nienależyтым wykonaniu prac, a ocena ta musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego. Oceniając należyte wykonanie prac w sytuacji naliczenia kar umownych, trzeba wziąć pod uwagę okoliczności oraz wagę naruszonych obowiązków umownych. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego kara umowna została naliczona wykonawcy XXX w wysokości 1% wartości

umowy i wyniosła ok. 14 tys. zł., co oznacza, że jest to znikoma wartość w stosunku do wartości umowy. Dodatkowo uchybienie wykonawcy polegające na nieterminowym przekazaniu opracowania po poprawkach Zamawiającego nie miało wpływu na należyte wykonanie opracowania.

Art. 24 ust. 1 pkt 16

37. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19

Ustawodawca wymaga dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną lub rażące niedbalstwo. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Jak to zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. akt I KKN 969/00), wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu można art. 355 KC. stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie bowiem przepisu art. 355 KC. z przepisami KC., w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa” wskazuje na to, „że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością”. Izba uznała, że działaniu Przystępującego można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo przejawiające się w naruszeniu podstawowych reguł postępowania przetargowego, do których zobowiązani są wykonawcy decydujący się na udział w przetargu publiczny. Działanie Przystępującego w postaci zatajenia faktu wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była wykonawcy znana i wykonawca miał pełną możliwość poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności. Zatajenie powyższej informacji odbiega, w ocenie Izby, w sposób znaczący od właściwego modelu postępowania w przetargowych publicznych. Modelu, który oparty jest w pierwszej kolejności na obowiązku wykonawcy ujawnienia wszystkich okoliczności związanych z jego rzetelnością, w tym m.in. okoliczności, które skutkować mogą wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Model ten ma na celu odpowiednią weryfikację działalności wykonawcy przez Zamawiającego tak, aby dbając o właściwe gospodarowanie środkami publicznymi, dążył do wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia. Przystępujący jako profesjonalista winien mieć, w ocenie Izby, pełną świadomość charakteru postępowania przetargowego, obowiązujących reguł, zaś jego decyzja o braku ujawnienia spornej decyzji była przejawem dążenia do uzyskania zamówienia za wszelką cenę, z pominięciem zasad określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy można było od Przystępującego obiektywnie oczekiwać zachowania zgodnego z powszechnie znanym wśród profesjonalnych podmiotów wzorcem postępowania, tj. obowiązkiem ujawnienia wo-

bec Zamawiającego informacji związanych z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym m.in. z tytułu wydania wobec wykonawcy decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Informacje te niewątpliwie rzutują na rzetelność wykonawcy i sposób prowadzonej przez niego działalności.

38. Wyrok z dnia 21 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 247/20

Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Tym samym, innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, ale też spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nawet uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą. W nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r. przewidziano również sankcję dla wykonawcy, który składając powyższe oświadczenia, przedstawił informacje nieprawdziwe.

Art. 24 ust. 1 pkt 17

39. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1826/19

Podkreślenia wymaga, że podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego i wykonawcy oceniać należy przez pryzmat przepisu art. 355 ustawy z 23 kwietnia 1964 r – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t.), zwanej dalej „Kc”, a to z uwagi na odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Z kolei w odniesieniu do profesjonalistów, za których uznać należy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, miernik staranności ulega podwyższeniu, ponieważ art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Okoliczności sprawy wskazują, że Przystępujący w tymogowi temu nie sprostał, skoro – jak sam stwierdził – oparł się jedynie na zapewnieniach XXX. W przekazaniu składu orzekającego od Konsorcjum należało oczekiwać zweryfikowania tych zapewnień na podstawie dokumentów potwierdzających, po pierwsze, posiadanie przez ww. osobę wymaganych uprawnień (zgodnie z XIV ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonywał zamówienie przy udziale kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, stąd argumentacja Konsorcjum, że w Irlandii nie jest wymagane posiadanie uprawnień budowlanych nie mogła się ostać), po drugie – wykonywanie przez XXX obowiązków kierownika budowy, ponieważ wyłącznie takiego doświadczenia Zamawiający oczekiwał. Przystępujący weryfikacji takiej zaniechał, wobec czego – zważywszy na nieprawdziwość omówionych informacji i ich istotny wpływ na podjęcie przez Zamawiającego na ich podstawie czynności w Postępowaniu, jaką było przyznanie ofercie Konsorcjum punktów w kryte-

rium pozacenowym (choć skutek taki, na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie jest wymagany) – podlega wykluczeniu na podstawie wzmiankowanego przepisu.

40. Wyrok z dnia 10 października 2019 r., sygn. akt KIO 1916/19

Obowiązkiem biorących udział w postępowaniu wykonawców jest podawanie zamawiającym prawdziwych, rzetelnych informacji. Uniknięcie wprowadzenia w błąd na skutek działań własnych zamawiającego nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający sprawdził dane dot. doświadczenia Pana XXX w oparciu o wiedzę innych oddziałów XXX i dopiero wówczas doszedł do przekonania, że stan przedstawiony w Formularzu 2.2 Odwołującego nie odpowiada prawdzie. (...) Dla zaistnienia skutku w postaci wykluczenia z postępowania nie ma znaczenia kwestia winy wykonawcy, który przekazał zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje. Istotne jest, że do takiego skutku może dojść w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa tego wykonawcy. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budzi wątpliwości fakt, że również ta przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp została wypełniona.

41. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2200/19

Ponieważ Zamawiający nadał wiążący charakter przesłance określonej w ustawie, jako fakultatywna, okoliczności dotyczące rozwiązywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego nabierały znaczenia, a Wykonawca zobowiązany był w treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania uwzględnić ten fakt. Tymczasem z załącznika nr 5 do oferty wynika, iż Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu pełnej informacji dotyczącej rozwiązania umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż przyczyny rozwiązania umowy były odmienne od tych wskazanych w oświadczeniu Gminy XXX, które odnosiły się wprost do braku realizacji obowiązków umownych. Porozumienie wskazane przez Zamawiającego nie uzasadniało wniosku, iż do rozwiązania umowy miało dojść na drodze zgodnych oświadczeń stron, czyli za porozumieniem. Przedstawiony dokument dotyczył wyłącznie wzajemnych roszczeń stron z tytułu wynagrodzenia za wykonaną część usługi oraz ewentualnych dalszych roszczeń, jakie strony miałyby dochodzić w związku z oświadczeniem o rozwiązaniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wprawdzie w porozumieniu wskazano na istniejący spór pomiędzy stronami co do przyczyn rozwiązania umowy, to z postanowień zawartego porozumienia nie wynika ani to, że zamawiający wycofał się ze złożonego oświadczenia, ani że wykonawca zaprzecza konkretnych okolicznościom wskazanym w oświadczeniu o rozwiązaniu umowy. Z pewnością na podstawie porozumienia nie doszło do uchylenia skutku oświadczenia zamawiającego. Tym samym Wykonawca zobowiązany był fakt ten obecnemu Zamawiającemu opisać, co pozwalałoby na zastosowanie procedury samooczenszczenia, w ramach której mógłby wykazać podjęte środki, które mają uwiarygodnić go jako przyszłego wykonawcę usługi. Tymczasem Wykonawca przemilczał to zdarzenie, przedstawiając w oświadczeniu stan niezgodny z rzeczywistością. Izba nie dopatrzyła się obiektywnych okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, iż Wykonawca działał w błędnym przekonaniu co do skutków braku wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym złożone w załączniku nr 5 oświadczenie należało ocenić jako wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do braku istnienia przyczyn do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, w sytuacji złożenia oświadczenia wprowadzającego zamawiającego w błąd, nie ma podstaw do zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 Ustawy i wezwania Wykonawcy do zmiany oświadczenia złożonego ze świadomością działania mającego na celu wywołanie błędnego wyobrażenia o sytuacji podmiotowej.

42. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2183/19

Wprowadzenie zamawiającego w błąd było skutkiem bezkrytycznego zamieszczenia przez przystępującego XXX w wykazie osób niezwyfikowanych informacji o doświadczeniu zawodowym pani XXX pozyskanych od firmy XXX (por. dowód nr 9, oświadczenie firmy XXX z dnia 7.11.2019 r.). Z oświadczenia tego wynikało, że firma P. przekazała przystępującemu niezgodne z rzeczywistością informacje o udziale pani XXX przy realizacji zamówienia na budowę przedszkola w Ś. w wyniku omyłki spowodowanej tym, że firma ta kilka lat wcześniej realizowała na rzecz Urzędu Gminy XXX. usługę na inwestycji dotyczącej przedszkola w XXX. Przystępujący XXX nie zweryfikował tych informacji, lekkomyślnie zakładając, że na pewno są prawdziwe i w wyniku swego rażącego niedbalstwa posłużył się tymi danymi, ubiegając się o publiczny kontrakt. Zdaniem Izby, takie działanie przystępującego XXX, jako przedsiębiorcy i profesjonalisty, wobec którego należy przyjmować podwyższony miernik staranności wynikający z zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp), należało ocenić negatywnie. W konwencji Izba stwierdziła, że wypełnione zostały wszystkie przesłanki przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

43. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2320/19

Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy, są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty. (...) Zatem jeżeli Przystępujący XXX przedstawił w złożonym przez siebie załączniku nr 5 do SIWZ informacje odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący uzyskał prawdziwe informacje dotyczące funkcjonalności oferowanego urządzenia, to uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem lub lekkomyślnością wpisującą się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez XXX dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu oceny oferty w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a w niniej-

szej sprawie realnie wpłynęło na wynik postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający nie przyznał ofercie XXX punktów za funkcjonalność określoną w poz. 2a załącznika nr 5 do SIWZ, to oferta ww. wykonawcy nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

44. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19

Argumentacja Odwołującego opierała się na twierdzeniu, że skoro wykonawca XXX dokonał zmiany osoby wskazanej w załączniku nr 7 na kierownika robót elektrycznych, to uznać należy, że przekazał pierwotnie Zamawiający informacje nieprawdliwe, błędne co do zakresu doświadczenia osoby wskazanej w wykazie, a tym samym spełniona została przesłanka wymagana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba nie podziela poglądu Odwołującego. Skuteczne i prawidłowe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że wykonawca przekazał Zamawiający nieprawdliwe, błędne informacje w dokumentacji ofertowej. Odwołujący tą okoliczność wywodzi wyłącznie z faktu zamiany osoby pierwotnie wskazanej w wykazie na inną. Odwołujący nie przeprowadził jednak dowodu na wykazanie, iż osoba wskazana pierwotnie w wykazie nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Powody uzasadniające zmianę osoby pierwotnie wskazanej w wykazie na inną mogą być różne. Nie można wykluczyć, że osoba ta zrezygnowała z pełnienia funkcji, co zmusiło wykonawcę do wskazania innej osoby lub zaszły inne okoliczności wymuszające zmianę. Za nieuprawnione i zbyt daleko idące byłoby przyjęcie za prawdziwe twierdzenia Odwołującego, iż poprzez usunięcie z wykazu pierwotnie wskazanej osoby i wprowadzenie nowej osoby doszło niejako automatycznie do podania przez wykonawcę informacji nieprawdziwych. Zasadność wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca złożył informacje nieprawdliwe, błędne.

45. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnym (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, jak i obecnie obowiązujących art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 pzp (red. 16 i 17) skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdzi-

wych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej, tzn. czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Z poczynionych powyżej ustaleń wynika jednoznacznie, że Konsorcjum, po pierwsze – przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, gdyż, po drugie, działało niedbale przy wykazywaniu spełnienia określonego w sposób jednoznaczny warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia i, po trzecie, miało to istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w toku konkursu i wynikłego z niego postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Działając w powyższy sposób, Konsorcjum wręcz zniweczyło przeprowadzony konkurs, gdyż na skutek wprowadzenia w błąd Zamawiającego wygrało konkurs, pomimo że faktycznie nie wykazało spełniania obowiązującego w nim warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji zniweczyło również możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy na opracowanie pracy konkursowej. Zamawiający, pomimo pomyślnego zakończenia negocjacji z Konsorcjum, nie mógł już bez naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy pzp zawrzeć umowy ani z nim, ani z innym wykonawcą, który uczestniczył w zakończonym konkursie. Dlatego zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że w tej sprawie zostały wypełnione przesłanki wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp.

Należy zauważyć, że gdyby okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji ujawniła się w toku konkursu, Konsorcjum zostałoby z niego wykluczone na tej samej podstawie prawnej, a tym samym inny byłby wynik konkursu, co otworzyłoby drogę do udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, umożliwiając Zamawiającemu zrealizowanie celu, dla którego ogłosił konkurs w trybie art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast zgodnie z logiką prezentowaną przez Odwołującego wykrzywie przez Zamawiającego dopiero na etapie postępowania w trybie z wolnej ręki, co wyrządziło Zamawiającemu znacznie więcej szkody, miałoby uchylić możliwość zastosowania względem Konsorcjum art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp. Również ten paradoks pokazuje, że przyjęcie interpretacji Odwołującego, zgodnie z którą procedura konkursu i postępowanie w trybie z wolnej ręki należy oceniać odrębnie, prowadziłyby do rezultatów nie do zaakceptowania – wyłączenia zastosowania tej podstawy wykluczenia. Nie sposób przyjąć, że z uwagi na ujawnienie się nieprawdziwości informacji po zakończeniu konkursu, Konsorcjum przysługuje na etapie postępowania z wolnej ręki dobrodziejstwo wykazania w trybie art. 26 ust. 3 pzp (czy art. 26 ust. 2f pzp), że spełnia warunek udziału (ewentualnie po uprzednim przeprowadzeniu procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 pzp), gdyż godziłoby to w podstawowe zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art 24 ust. 1 pkt 19

46. Wyrok z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1834/19

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp należy rozpatrywać w związku z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, który przewiduje, że przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co zamawiający wskazuje w protokole postępowania. W takim przypadku wykonawca powinien wyjaśnić, dlaczego czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywane przez niego, jego pracownika, a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji. (...) Nie jest spornym, że wykonawca XXX realizował zamówienie publiczne na opracowanie programu inwestycji i dokumentacji projektowej na dostosowanie obwodnicy terenu technicznego dla Instrukcji o ochronie obiektów wojskowych w kompleksie wojskowym YYY. Dokumentacja ta była następnie podstawą do wszczęcia postępowania na roboty budowlane w tym przedmiocie zamówienia. W ramach realizacji tej umowy wykonawca XXX wykonał dokumentację projektową obejmującą: program inwestycji, inwentaryzację budowlaną i instalacyjną, projekt budowlany, projekt wykonawcy, informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia BIOZ, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorys inwestorski, przedmiary robót, zestawienie kosztów zadania wraz z analizą porównawczą, harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót. Ze wzoru umowy na prace projektowe oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, złożonych przez Odwołującego jako dowód w sprawie, wynika, że w ramach realizacji zamówienia na prace projektowe wykonawca zobowiązany był do sprawowania nadzoru autorskiego w trakcie robót budowlanych wykonywanych na podstawie dokumentacji projektowej (§10 projektu umowy). Nadzór autorski obejmował m.in.: potwierdzenie zgodności realizacji robót budowlanych z dokumentacją, uzgadnianie z Zamawiającym możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych i technologicznych. Ponadto, co istotne, w ramach pełnienia nadzoru autorskiego wykonawca zobowiązany był do udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące dokumentacji projektowej zgłaszane przez wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane wykonywane na podstawie opracowanej dokumentacji (OPZ str. 4). Z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego XXX w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wynika, że wykonawca faktycznie przygotowywał odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące dokumentacji projektowej, kierowane do Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odmówił udostępnienia wykonawcom kosztorysów inwestorskich, sporządzonych przez XXX. Zamawiający udostępnił jedynie zestawienie materiałów i sprzętu (odpowiedź na pyt. 5 z dnia 29.03.2019r.). Istotnym w sprawie jest także to, że z uwagi na niejawną charakter informacji, dokumentacja projektowa dostępna była wykonawcom jedynie z siedzibie Zamawiającego, w kancelarii tajnej, bez możliwości wykonania kopii dokumentów.

Wszystkie wyżej wskazane okoliczności świadczą o tym, że XXX miał istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Przewaga ta polegała na znajomości pełnej dokumentacji projektowej, w tym kosztorysów inwestorskich, które nie zostały udostępnione innym wykonawcom, dostępie do projektantów sporządzających dokumentację i możliwości zadawania im pytań, a także na bezpośrednim wpływie na udzielane przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania innych wykonawców dotyczące dokumentacji projek-

towej. Ponadto wykonawca, mając świadomość tego, że będzie pełnił nadzór autorski nad realizacją robót budowlanych i będzie decydował o możliwości stosowania materiałów zamiennych, mógł zaproponować rozwiązania, które zoptymalizowały koszty realizacji zamówienia. Możliwość ta nie była dostępna innym wykonawcom, ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Wykonawcom nie tylko nie został udostępniony kosztorys inwestorski, ale także cała dokumentacja, stanowiąca tzw. złożenia do kosztorysowania, przekazana wcześniej wykonawcy XXX przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, niewątpliwie w sprawie doszło do zakłócenia konkurencji, które mimo udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, nie zostało wyeliminowane.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2019 r. w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Wskazane w piśmie z dnia 6.08.2019 r. udostępnienie wykonawcom zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny oraz wydłużenie terminu składania ofert, celem umożliwienia zapoznania się z dokumentacją projektową, będącą tylko w posiadaniu Zamawiającego nie zniwelowały istniejącego zakłócenia konkurencji. Nadal wykonawca XXX miał nieporównywalnie większą wiedzę na temat dokumentacji projektowej, przedmiotu zamówienia, ryzyk związanych z jego wyceną, a także miał bezpośredni wpływ na udzielane w toku postępowania na roboty budowlane odpowiedzi na pytania wykonawców. Zdaniem Izby, w sytuacji niewątpliwego zakłócenia konkurencji jaka miała miejsce w tym postępowaniu, Zamawiający winien był podjąć stosowne środki celem jej wyeliminowania, do których zaliczyć należy przekazanie wszystkim uczestnikom postępowania istotnych informacji, które były dostępne wykonawcy XXX w ramach wcześniej świadczonych usług przygotowywania dokumentacji projektowej. Dotyczy to w szczególności wszystkich dokumentów, które Zamawiający udostępnił wykonawcy XXX oraz dokumentów, w których posiadanie wszedł sam wykonawca w związku z tym, że były one niezbędne do przygotowania dokumentacji projektowej tzw. założeń do kosztorysowania.

47. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19

Ww. przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. Zgodnie z art. 41 ww. dyrektywy: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia

nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

Z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wynika, że podstawa wykluczenia zachodzi, gdy udział w przygotowaniu postępowania brał:

- sam wykonawca lub
- pracownik wykonawcy lub
- osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług.

Jednocześnie zarówno ustawodawca polski, jak i ustawodawca unijny przewidują wykluczenie wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy nie można w inny sposób zapewnić konkurencji w postępowaniu. Przy czym w art. 41 dyrektywy ustawodawca unijny wskazał, w jaki sposób może zostać zapewniona konkurencja: „wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert”, co odpowiada treści art. 31d ustawy Pzp.

Biorąc powyższe od uwagę, nie można zgodzić się z przystępującym XXX, że nie brał on udziału w przygotowaniu postępowania, skoro – jak sam wskazał w JEDZ – „oddelegowani pracownicy Wykonawcy brali udział w zadaniach analitycznych dla Systemu KRZ. W wyniku tych prac, zrealizowanych w całości pod kierunkiem i nadzorem Zamawiającego (model outsourcing), przygotowany został opis procesów biznesowych oraz dostosowano opis wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych do stanu procesów i aktualnych potrzeb Zamawiającego. Przedmiotowa dokumentacja została dołączona do SIWZ”. Zatem w obecnie prowadzonym postępowaniu dokumenty przygotowywane w ramach ww. współpracy stanowią część przedmiotu zamówienia. Z kolei przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia ma miejsce w trakcie przygotowania postępowania, o czym świadczy też fakt, że przepisy ustawy Pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 – art. 31) znajdują się w rozdziale nazwanym „Przygotowanie postępowania”. Stwierdzić zatem należy, że przystępujący XXX brał udział w przygotowaniu postępowania, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

W związku z powyższym ustalić należy, czy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że przystępujący XXX w związku ze swoim udziałem w przygotowaniu postępowania, jest w posiadaniu wiedzy wykraczającej poza wiedzę dostępną innym wykonawcom. W szczególności nie potwierdził się zarzut odwołującego, zgodnie z którym innym niż XXX wykonawcom nie jest znana pełna treść dokumentu Enterprise Architect udostępnionego w formacie pdf. (...) Ponadto stwierdzić należy, że wyznaczony pierwotnie przez zamawiającego termin składania ofert (35 dni), ostatecznie przedłużony do 19.08.2019 r. (łącznie 140 dni), był odpowiednim terminem do przygotowania i złożenia oferty przez wszystkich wykonawców zainteresowanych zamówieniem.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia uprzywilejowanej pozycji XXX wobec innych wykonawców i do stwierdzenia zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w kontekście okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Nie sposób też nie zauważyć, że wykonawca XXX złożył najdroższą i znajdującą się na końcu rankingu ofertę, co przeczy możliwości wykorzystania przez niego szczególnej wiedzy, niedostępnej innym wykonawcom. W ocenie Izby, nie zachodzi zatem przesłanka zakłócenia konkurencji skutkująca obowiązkiem wykluczenia przystępującego XXX na podstawie ww. przepisu.

48. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19

Przepisy ustawy Pzp nie odnoszą się wprost do tego, czy udział wykonawcy w dialogu technicznym jest okolicznością, którą należy uwzględnić w dokumencie JEDZ jako dora-

dzanie instytucji zamawiającej lub zaangażowanie w inny sposób w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Oceniając tę kwestię, należy mieć na uwadze, że istotą dialogu technicznego jest doradzanie Zamawiającemu w zakresie niezbędnym do przygotowania postępowania. Zauważenia wymaga również, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE wprost wiążą udział wykonawcy we wstępnych konsultacjach rynkowych (art. 40) z możliwością wykluczenia z udziału w postępowaniu, o ile nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania oraz po uprzednim umożliwieniu udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji (art. 41). Zatem interpretując przepisy polskiej ustawy w zgodzie z przepisami dyrektywy, należy dojść do wniosku, że udział w dialogu technicznym jest okolicznością, która powinna być przez wykonawcę ujawniona w JEDZ oraz co do której wykonawca powinien wykazać brak wpływu na konkurencję.

Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony, jeśli weźmie się pod uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Skoro w znowelizowanych przepisach ustawodawca zrezygnował z wyłączenia dialogu technicznego z podstawy wykluczenia, należy stwierdzić, że objął analogiczną przesłanką wykluczenia w znowelizowanej ustawie również udział wykonawcy w dialogu technicznym.

49. Wyrok z dnia 28 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 302/20

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, że zaszły przesłanki wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności, skład orzekający nie podziela, sformułowanego w treści odwołania, poglądu odwołującego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wprowadza domniemanie, że każdy udział w przygotowaniu postępowania powoduje zakłócenie konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że badanie przesłanki wykluczenia na podstawie wzmiankowanego przepisu musi uwzględniać okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danej sprawie zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji. Analiza przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 10 ustawy Pzp zmierza do wniosku, że na gruncie pierwszej z wymienionych regulacji obowiązkiem zamawiającego jest przeanalizowanie, czy w postępowaniu w ogóle doszło do zakłócenia konkurencji przez udział w nim danego wykonawcy. Dopiero, w razie pozytywnych wyników tej analizy, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości wyeliminowania tego stanu, ale ma to uczynić za pomocą środków innych niż wykluczenie takiego wykonawcy (adresatem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest bowiem zamawiający).

Co więcej nawet w przypadku, w którym zamawiający nie dostrzeże takiej możliwości, a więc dojdzie do wniosku, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu, zobligowany jest jeszcze, zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – umożliwić wykonawcy, którego zamierza wykluczyć, udowodnienie, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Dopiero po wyczerpaniu tej procedury zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, przy czym okoliczności, na których oparł taką decyzję, powinny zostać, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane w uzasadnieniu tej decyzji.

Co wymaga podkreślenia, oceny w zakresie, czy doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Izby, należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej „ETS”), w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócił uwagę na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. ETS stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami. Uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Nie sposób oczywiście zaprzeczyć, że wykonawca, który w jakikolwiek sposób uczestniczy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, które na pewnym etapie nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania. Nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności. Mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy, biorącego udział w przygotowaniu postępowania, traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu, zdaniem składu orzekającego, przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 i art. 41 dyrektywy 2014/24/UE.

Art. 24 ust. 1 pkt 20

50. Wyrok z dnia 7 października 2019 r., sygn. akt KIO 1818/19

Należy wskazać, że Zamawiający nie posiada uprawnień Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie jest instytucją właściwą do zbadania i dokonania jednoznacznej oceny wiarygodności dokumentów przekazanych w innym postępowaniu przez Odwołującego do UOKiK. Samo zawiadomienie organu, jakim jest UOKiK, nie stanowi dowodu na istnienie niedozwolonego porozumienia. Zamawiający w ocenie Izby nie może rozstrzygać na podstawie jedynie podejrzeń i wątpliwości innego podmiotu na niekorzyść wykonawców. Zamawiający powinien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności, czy wynikających choćby z dowodów pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji. Taka okoliczność nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 23**51. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2142/19**

Izba podziela stanowisko, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu nie prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 19 maja 2009 roku wydanego w sprawie Assitur (C-538/07) wskazał m.in., że grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, iż przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej i tym samym będą działać w sposób konkurencyjny, a zasadnicze zobowiązanie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej, prowadziłyby bowiem w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na szczeblu wspólnotowym. Jednak w ocenie składu orzekającego to nie samo złożenie ofert w postępowaniu przez członków grupy kapitałowej spowodowało zakłócenie konkurencji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale okoliczność, że złożyli oni oferty w łącznie trzech częściach postępowania, mimo wyraźnego ograniczenia Zamawiającego do dwóch ofert postępowania. Zachowanie wykonawców należących do grupy kapitałowej powinno być oceniane w sposób zbliżony do oceny zachowania jednego wykonawcy – grupa kapitałowa nie może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzyskiwać przewagi konkurencyjnej tylko dlatego, że jej uczestnikami jest kilku członków. Gdyby zaakceptować wywody Przystępujących, to prowadziłyby to do możliwości złożenia ofert przez członków grupy kapitałowej na wszystkie części postępowania (może się wszak zdarzyć, że członków grupy kapitałowej byłoby tyle, ile części zamówienia). W tym postępowaniu Zamawiający nie chciał, aby wszystkie części zamówienia były realizowane przez jednego wykonawcę – ograniczył możliwość złożenia oferty do dwóch części zamówienia. W takich okolicznościach w ocenie Izby złożenie oferty na więcej niż dwie części zamówienia jest zakłóceniem konkurencji, a przesłanką egzoneryjną nie może być nieświadomość czy nieumyślność złożenia ofert przez członków grupy kapitałowej. Irrelevantny dla stwierdzenia zakłócenia konkurencji jest rzekomy brak faktycznych kontaktów między członkami grupy kapitałowej (czego zresztą Przystępujący nie wykazali – separacja czy odrębność majątkowa nie przesądza o braku kontaktów; dodatkowo Odwołujący zauważył, że z dokumentów wynika, że adres do korespondencji prokurenta spółki XXX jest taki sam, jak adres zamieszkania XXX, a przeciwne oświadczenie Przystępujących nie zostało poparte żadnymi dowodami). (...) Reasumując, brak kontaktów między członkami grupy kapitałowej i skomplikowana sytuacji rodzinna nie są wystarczające do stwierdzenia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji. Nie można też stwierdzić, że co prawda do zakłócenia konkurencji doszło, ale „z winy nieumyślnej” – w ocenie składu orzekającego brak winy nie prowadzi do ustalenia istnienia bądź nieistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby samo porozumiewanie się – czy brak porozumiewania – nie prowadzi do przesądzenia wpływu na konkurencję. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych obliguje do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast inne porozumienia nie są zakazane. Domniemanie Przystępującego XXX, że art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych dotyczy wykonawców, którzy złożyli oferty w porozumieniu, nie ma w ocenie składu orzekającego oparcia w przepisach. Przystępujący niezasadnie, zdaniem Izby, wywodził, że jedynie zawarcie porozumienia przez członków grupy kapitałowej prowadzi do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. Nie ma również żadnych podstaw do postulowanych przez Przystępujących działań Zamawiającego, mających mieć na celu „eliminację za-

kłócenia konkurencji” czy wzywianie do dalszych wyjaśnień członków grupy kapitałowej. Nie ma również znaczenia, że dzień przed rozprawą M. N. darowała udziały w spółce Kawon S. N. – okoliczności zaistniałe po terminie składania ofert, a prowadzące do ustania grupy kapitałowej nie mogą *per se* rzutować, w ocenie Izby, na stwierdzenie przesłanek wykluczenia w związku z art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. Nie ma również znaczenia, że w części 7 postępowania oferta jednego z Przystępujących została sklasyfikowana na dalszym miejscu w rankingu ofert.

52. Wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2174/19, KIO 2180/19

Jak wskazuje nadto przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, wykluczenie z powodu przynależności do grupy kapitałowej następuje z mocy tego przepisu, natomiast wykonawca może doprowadzić do nienastąpienia takiego skutku przez wykazanie, że istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W tym zakresie ciężar dowodu (ciężar wykazania) i inicjatywa spoczywa na wykonawcy, którego dotyczy omawiany stan faktyczny.

W konsekwencji wymogu wykazania zachowania konkurencji wraz z informacją o pozostawaniu w grupie kapitałowej uzasadniony jest pogląd, że złożenie samej informacji o przynależności bez wykazania braku zakłócenia konkurencji w takiej sytuacji, nie jest okolicznością pozwalającą na zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp przez nakazanie zamawiającemu, by ten wzywał wykonawcę do przedstawienia okoliczności wyjaśniających zachowanie zdrowej konkurencji bądź braku zakłócenia konkurencji. Za przedstawionym poglądem przemawia fakt, że dokument o przynależności do grupy kapitałowej i wyjaśnienia (w tym dowody) nie stanowią dokumentów składanych z ofertą niezbędnych do prowadzenia postępowania i na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp), lecz jest dokumentem szczególnym składanym w wyniku sytuacji powstałej po otwarciu ofert. Przede wszystkim jednak za niedopuszczalnością uzupełniania części dokumentu, a za jego część uznać należy wyjaśnienia o zachowaniu konkurencji, przemawia okoliczność, że wybór, sposób i inicjatywa wykazania braku naruszenia zdrowej konkurencji leży po stronie wykonawcy, a nie zamawiającego działającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Art. 24 ust. 5 pkt 2

53. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2487/19

Z kolei wskazany art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi się do obowiązków zawodowych (poważnego ich naruszenia) związanych *sensu stricte* z wykonywaną działalnością gospodarczą, polegającą na niewykonywaniu lub nienależytym wykonywaniu zadań gospodarczych, dla których firma została utworzona, wskazując w szczególności na naruszenie związane z konkretnie wykonywanym zamówieniem (zleceniem publicznym czy też prywatnym). Tym samym uczestnictwo w danym przetargu (postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i wykluczenie wykonawcy z tego przetargu nawet na podstawie tak surowych przesłanek jak art. 24 ust. 1 pkt 16 czy pkt 17 nie może powodować a priori wykluczenia wykonawcy z innego przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przez okres 3 lat wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3) Pzp („7. Wykluczenie wykonawcy następuje: (...) jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;”). (...) Zatem podstawa wykluczenia aktualizuje się dopiero w przypadku naruszenia obowiązków zawodowych z winy wykonawcy i to poważnego naruszenia. Nie można zatem tej przesłanki (nawet gdy nie jest ona wprost zdefiniowana), interpretować rozszerzająco. Niewątpliwie poważne

naruszenie obowiązków zawodowych to takie, które realnie podważa uczciwość danego wykonawcy, czyniąc go niewiarygodnym partnerem.

54. Wyrok z dnia 13 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 199/20

Zamawiający w postępowaniu spośród fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy wskazał m.in. przesłankę określoną w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp (rozdział VA ust. 2 SIWZ). W dokumentacji przetargowej nie została wskazana przesłanka zawarta w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, która dotyczy wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

W ocenie składu orzekającego Izby cała argumentacja odwołującego dotycząca zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp została zbudowana wokół decyzji administracyjnych oraz wyroku WSA odnoszącego się do jednej z tych decyzji, załączonych do odwołania, których materialnoprawnymi podstawami wydania były przepisy ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach bądź ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Izba za przystępującym uznała, że na gruncie Pzp przepisy dotyczące gospodarki odpadami statutowane w ustawie o odpadach oraz ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (a więc także i decyzje administracyjne wydane na ich podstawie, które przedłożył odwołujący) traktować należy jako przepisy z zakresu prawa ochrony środowiska i jako takie znajdują swoje odzwierciedlenie w fakultatywnej przesłance wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, z której – jak wskazano powyżej – zamawiający nie skorzystał.

W rezultacie ustanowienia art. 24 ust. 5 Pzp Ustawodawca dał swobodę zamawiającym do podania dodatkowych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania i to od ich decyzji zależy, czy skorzystają z tych fakultatywnych przesłanek, czy nie. Zamawiający mogą przy tym skorzystać z jednej, kilku bądź wszystkich przesłanek zawartych w ww. przepisie. Przy czym mając na uwadze doniosłość czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie można przyjąć założenia, że skorzystanie przez zamawiającego z chociaż jednej fakultatywnej przesłanki powoduje de facto możliwość odwołania się do innych wymienionych w art. 24 ust. 5 Pzp przesłanek, które nie zostały przez zamawiającego zastosowane.

Warto przy tym zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w którym wskazano, że zamawiający winien mieć możliwość (fakultatywną) wykluczenia wykonawców, *którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej*. Stąd też w art. 57 ust. 4 akapicie pierwszym ww. dyrektywy przewidziano lit. a dla naruszeń obowiązków środowiskowych, zaś dla naruszeń w innym zakresie – naruszeń obowiązków zawodowych lit. c).

Z powyższego wynika, że okoliczność, która winna być rozpatrywana w zakresie jednej z przesłanek wykluczenia (w tym wypadku odnoszącej się do art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp), nie może być równocześnie rozpatrywana jako powód ziszczenia się innej przesłanki wykluczenia wykonawcy (w tym wypadku dotyczącej art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp). W związku z tym Izba rozpoznała zarzut podniesiony w pkt 1 odwołania wyłącznie przez przyzmat dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp odnoszącej się do zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważyło uczciwość przystępującego, w szczególności gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Art. 24 ust. 5 pkt 4

55. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19

W art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Należy zauważyć, że zarówno z regulacji unijnych, jak i wprost z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający m.in. musi wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Rolą zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

56. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19

Powyższe podstawy wykluczenia mają charakter fakultatywny, co oznacza, że jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tych podstawach, to musi je wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ww. podstawy wykluczenia przewidział w punkcie 10.2 i 10.3 SIWZ. Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawach, wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 czy też w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie. (...) Odwołujący nie wykazał także, że wobec nienależytego wykonania umowy na „Modernizację dróg powiatowych – nakładki bitumiczne o gr. 5 cm” spełnione zostały kumulatywnie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie

wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4), które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Ww. przesłanki nie mogą być rozumiane dowolnie. Domagając się zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący zobowiązany był udowodnić nie tylko, że doszło do nienależytego wykonania umowy, ale również, że nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Przystępującego, że miało miejsce w istotnym stopniu oraz że z tego powodu doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. (...) Tymczasem powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Odwołujący nie wykazał także, aby w efekcie nienależytego wykonania umowy przez Przystępującego doszło do rozwiązania umowy czy też do zasądzenia odszkodowania.

Art. 24 ust. 5 pkt 7

57. Wyrok z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19

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

Nie sposób pominąć treści motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Motyw 37 dyrektywy 2014/24/UE brzmi, z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym.

Z kolei zgodnie z motywem 40 dyrektywy, monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych

regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne.

W świetle powyższego zauważyć należy, że ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska i wymogów środowiskowych, odnosząc się tym samym do szerokiego rozumienia prawa ochrony środowiska, nie zaś wyłącznie do określonego aktu prawnego. Oczywistym bowiem jest, że ochrona środowiska to wielopłaszczyznowa dziedzina, co w konsekwencji powoduje, że obowiązki związane z jego ochroną mogą być regulowane w wielu aktach prawnych. Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem krajowego ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp pojęcia „prawo ochrony środowiska” wyłącznie do aktu prawnego – ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (...), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp czy też w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska”, a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego. (...) Niewątpliwie do zbioru ustaw regulujących ochronę środowiska zaliczyć należy ustawę (...) o odpadach, regulującej m.in. warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Sposób zbierania i zagospodarowania odpadów ma bezpośrednie przełożenia na aspekty ochrony środowiska. Tym bardziej wykonywanie tej działalności regulowanej niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wyznaczonymi przez ustawodawcę standardami i zasadami działalności, które niewątpliwie mają na celu eliminowanie sytuacji związanych z niewłaściwym odbiorem i zagospodarowaniem odpadów w celu uniknięcia zagrożenia dla środowiska, mieści w zakresie pojęcia „prawo ochrony środowiska” użytego przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 5 pkt. 8

58. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 188/20 i KIO 221/20

Z punktu widzenia przesłanki wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, znaczenie prawne ma fakt dokonania spłaty należnych płatności publicznoprawnych. Ustawodawca bowiem przewidział, że pomimo naruszenia obowiązków z ubezpieczeń społecznych wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeśli płatności tych dokonał. Ustawodawca nie wskazał jednak, na jakim etapie ma zostać dokonana spłata. (...) Prawodawca unijny dopuszcza – jak sam wskazuje – „spłacenie w międzyczasie zaległych zobowiązań”, co ma prowadzić do sytuacji, w której staje się wykonawcą odpowiednim, a więc niepodlegającym wykluczeniu. Prawodawca unijny w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp zdaje się zatem dopuszczać sytuację, w której wykonawca był nieodpowiedni, ale skutek dokonanej spłaty za takiego nie może być już uważany. Idąc tym tokiem rozumowania, należało dojść do wniosku, że skoro nastąpiła spłata zaległych składek wraz z odsetkami na moment podejmowania decyzji przez zamawiającego, to nie zachodziła podstawa do wykluczenia przystępującego XXX z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 8**59. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2053/19**

Procedura samooczyszczenia ma zatem na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy zaistniały wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia. Omawiana procedura naprawcza nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 i ust. 5 ustawy Pzp, podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja *self-cleaning* służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń, zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.

W przedmiotowej sprawie wykonawca XXX załączył do oferty oświadczenie, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. Wykonawca ten załączył do oferty również wyjaśnienia (Załącznik nr 4), w których poinformował Zamawiającego, że wyrokiem Sądu Rejonowego w Wyszkowie z dnia 21 maja 2019 r. został skazany za czyn z art. 297 § 1 KK i wymierzono wykonawcy karę grzywny w wysokości 350 stawek dziennych, ustalając wysokość stawki na kwotę 10 zł. Wykonawca XXX podał, że naprawił szkodę wyrządzoną ww. czynem. W dniu 24 lipca 2019 r. wykonawca uiścił karę grzywny w wysokości 3 500 zł oraz kwotę 420 zł tytułem kosztów postępowania. Wykonawca XXX wskazał ponadto, że aby uniknąć w przyszłości podobnych przypadków wprowadził odpowiednie zmiany organizacyjne i kadrowe, tj. w dniu 8 października 2018 r. zatrudnił pracownika biurowego na pół etatu, którego obowiązkiem było m.in. przygotowywanie dokumentacji m.in. do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdził wykonawca, niestety, liczba dokumentów niezbędna do zgromadzenia w tego typu postępowaniach jest znaczna, wobec czego nietrudno o pomyłkę, która już raz wykonawcy się zdarzyła. Wykonawca wniósł o uznanie za wystarczające przedstawionych przez wykonawcę dowodów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. (...) Dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę XXX, Izba miała na uwadze, że skazanie za przestępstwo z art. 297 § 1 KK stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania ujętą w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Wyjątkiem, który pozwala zamawiającemu na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy, jest wykazanie przez wykonawcę, że podjął środki, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że wykonawca XXX dobrowolnie poddał się karze, uiścił karę grzywny oraz koszty sądowe, a także złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące okoliczności, w jakich doszło do popełnienia przestępstwa oraz środków zaradczych, jakie wykonawca powziął.

Należy mieć jednak na uwadze, że art. 24 ust. 8 ustawy Pzp zobowiązuje wykonawcę do wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W tym zakresie wykonawca XXX zatrudnił pracownika biurowego na pół etatu, którego obowiązkiem ma być, jak oświadczył wykonawca, m.in. przygotowywanie dokumentacji do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zatrudnienie osoby do wykonywania prac biurowych nie stanowi owego odpowiedniego środka, który zapobiegnie dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Należy mieć bowiem na uwadze, że wykonawca XXX prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą XXX, a zatem oferty oraz oświadczenia składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

pochodzą od pana XXX jako właściciela. Zatem to od woli i wiedzy tej osoby zależy treść składanych w postępowaniu oświadczeń. Przykładem mogą być chociażby oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu czy podleganiu bądź też nie wykluczeniu z postępowania, które pan XXX składa osobiście.

Izba stoi na stanowisku, że zatrudnienie pracownika może mieć wpływ np. na kompletowanie dokumentów na rzecz postępowań, prowadzenie korespondencji w toku postępowania itp., ale pozostaje bez wpływu na treść oświadczeń wiedzy składanych przez pana XXX osobiście. Potwierdzeniem powyższego jest popełnienie przez pana XXX czynu z art. 297 § 1 KK, za który pan XXX został skazany, jak również złożenie przez tego wykonawcę w lipcu i sierpniu 2019 r. w postępowaniach prowadzonych przez Gminę YYY i Gminę ZZZ błędnych oświadczeń, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Powyższe okoliczności zaistniały pomimo podjęcia przez wykonawcę środków kadrowych, co świadczy o braku skuteczności tych środków.

Okoliczności przemawiającej za uznaniem, że wykonawca XXX skutecznie przeprowadził procedurę samooczyszczenia nie może stanowić fakt, że, jak oświadczył ww. wykonawca na rozprawie, pan XXX „działał pod wpływem błędu, jego wyobrażenia o konsekwencjach wyroku były niezgodne z rzeczywistością”. Należy mieć na uwadze, że wykonawca XXX jest profesjonalistą, przedsiębiorcą ubiegającym się o zamówienia publiczne. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, muszą być zatem rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie publiczne oraz zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Co za tym idzie, wykonawca nie może skutecznie usprawiedliwiać składania nieprawdziwych oświadczeń brakiem świadomości po jego stronie.

60. Wyrok z dnia 4 listopada 2019r., sygn. akt KIO 2105/19

W ocenie Izby jednak, aby można było przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, to wykonawca musi przyznać, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn po jego stronie leżących. Natomiast jeśli wykonawca tego faktu nie przyznaje, to zamawiający nie może wzywać wykonawcy do samooczyszczenia, ale może albo wykonawcę wykluczyć z postępowania uznając, że zachodzą przesłanki wykluczenia, albo podjąć się próby weryfikacji prawdziwości oświadczenia zawartego w siwz. Jednak w ocenie Izby ustawodawca nie wyposażył zamawiającego w uprawnienie pozwalające na zastąpienie oświadczenia wykonawcy w JEDZ oświadczeniem własnym o przeciwnej treści. Zamawiający, wzywając przystępującego XXX do procedury samooczyszczenia, w rzeczywistości pominął fakt, że wykonawca do deliktu się nie przyznaje, a więc brak jest przesłanek wynikających z art. 24 ust. 8 ustawy.

Art. 24 ust. 11

61. Wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2174/19, KIO 2180/19

W kontekście obydwu spraw rozpatrywanych znaczenie podstawowe, jako stanowiące przedmiot sporu i rozpoznania, ma czynność złożenia przez wykonawców oświadczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy pzp o przynależności lub braku przynależności wykonawcy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp. W tym zakresie Izba uznaje, co także przyznał w toku postępowania odwołujący w sprawie KIO 2174/19, oświadczenie powinno dotyczyć całego postępowania, nie zaś być odrębnie formułowane w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, w których oferty wyko-

nawca składał. (...) Mając na uwadze wskazany wyżej przepis art. 24 ust. 11 ustawy pzp, należy podkreślić, że w zdaniu drugim tego ustępu zawarto treść: „Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Analogiczna regulacja dotycząca oświadczenia przedstawiona jest w § 5 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), gdzie wskazano, iż w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego podkreślenia wymaga stwierdzenie w obydwu powołanych wyżej przepisach, że wraz z oświadczeniem wykonawca może (...). Oznacza to wymóg jednoczesności przedstawiania informacji o pozostawaniu w grupie kapitałowej z wyjaśnieniami opartymi np. na określonych dowodach, które mają wykazać, że powiązania kapitałowe wykonawców nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym po stronie wykonawcy leży wymóg wykazania braku zakłócenia konkurencji, pomimo przedstawionej przynależności do grupy kapitałowej. Wobec określenia „wraz z...” chwila złożenia wyjaśnień nie może odbiegać od daty przedstawienia faktu przynależności do grupy kapitałowej.

62. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19

Zauważyć należy, że oświadczenie składane na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp dotyczy przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23, a więc do grupy, z której wykonawcy złożyli w postępowaniu odrębne oferty, nie zaś do jakiegokolwiek grupy kapitałowej. Realizacji powyższego obowiązku służy regulacja, zgodnie z którą oświadczenie składa się w ciągu 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert, co pozwala wykonawcom poznać wiedzę, jakie oferty zostały złożone i poinformować, czy z którymkolwiek z tych wykonawców należy do tej samej grupy kapitałowej.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, który zobowiązywał wykonawców do składania wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, został z ustawy wykreślony w wyniku nowelizacji 22 czerwca 2016 r., w związku z czym w obecnym stanie prawnym wykonawca nie ma obowiązku składania takiej listy lub informacji, obowiązek ten został ograniczony do związków kapitałowych tylko z tymi wykonawcami, którzy złożyli w postępowaniu odrębne oferty.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

63. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2423/19

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, że treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w wykazie i w referencjach nie musi być identyczna, bowiem cel i rola tych dokumentów jest inna. Referencje często w praktyce nie są wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w danym postępowaniu. Należy jednak podkreślić, że składane dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania określonych umów lub zamówień muszą zawierać treść spójną z treścią złożonego przez wykonawcę wykazu (te same nazwy zamówień, okresy realizacji oraz taki sam zakres), aby była możliwa identyfikacja

wskazanych zadań. Jednocześnie zauważyć należy, że wszelkie nieścisłości i wątpliwości wynikające z niespójności treści tych dokumentów muszą być przez Zamawiającego wyjaśnione i ocenione, gdyż Zamawiający nie może samodzielnie domyślać się fatów, które nie zostały wprost wskazane w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach. Obowiązek i ciężar jednoznaczności wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na wykonawcy.

64. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 289/20

Co do zasady Izba stwierdza, że z prawidłowym wykonaniem zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, kiedy zamówienie zostało wykonane zgodnie z zawartą umową, tj. zostało odebrane w całości przez zamawiającego, a wykonawca otrzymał wynagrodzenie w wysokości określonej w umowie. Dokonując powyższej oceny, należy mieć także na względzie kwestie, czy wykonawca, który wykonał zamówienie z naruszeniem terminu wykonania umowy, to do opóźnienia doszło wyłącznie z winy wykonawcy, czy też sytuacja ta wynikała z przyczyn przez niego nie zawnionych, oraz jaki to miało wpływ na prawidłowe wykonanie tego zamówienia. Oceniając powyższe, należy mieć na względzie fakt, że zamawiający poszukuje do realizacji zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego jego wykonania. Biorąc pod uwagę powyższe przyjąć należy, iż ustawodawca przewidział sytuację, kiedy zamówienie może być wykonane, a wykonawca nie może uzyskać referencji. Wskazać należy, że w przepisie § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.), w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać m.in. „wykazu robót budowlanych (...) z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (...). Powyższe ustalenia, a przede wszystkim zwrot „w szczególności”, należy zdaniem Izby interpretować w ten sposób, że podstawową kwestią, którą warunkuje możliwość wykazywania się w innych postępowaniach w zakresie robót budowlanych nabytym doświadczeniem jest warunek, aby „roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone”.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

65. Wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 295/20

Katalog dokumentów określonych w ww. rozporządzeniu (rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) – przyp. autora) ma charakter otwarty, co oznacza, że Zamawiający może żądać także innych dokumentów mających potwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia postawione wymagania. Uwzględniając treść ww. regulacji (§ 13 ust. 1 cyt. Rozporządzenia – przyp. autora) należy wskazać, iż zamawiający posiada uprawnienie do żądania od wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów przedmiotowych, przy czym uprawnienia tego nie można utożsamiać z przyznaniem zamawiającemu bezgranicznej swobody w tym zakresie. Jak wynika wprost z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego doznaje dwóch istotnych ograniczeń. Po pierwsze, zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. *A contrario* nie może domagać się złożenia

dokumentów, którym nie można przypisać cechy niezbędności. Okoliczność, czy dany dokument przedmiotowy jest niezbędny do przeprowadzenia konkretnego postępowania, ustala się, biorąc każdorazowo pod uwagę okoliczności danej sprawy, w tym w szczególności treść postanowień SIWZ odnoszących się do wymogów, jakie Zamawiający stawia w odniesieniu do danego przedmiotu dostawy, usługi czy robót budowlanych. Po drugie, żądanie złożenia określonego oświadczenia lub dokumentu przedmiotowego musi być ściśle skorelowane z wymaganiami przedmiotowymi wynikającymi z SIWZ. W pkt 2 art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazano, iż dokument taki ma potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszej kolejności zamawiający powinien zatem określić konkretne wymagania, jakie ma spełniać przedmiot dostawy, usługi czy robót budowlanych, a następnie – jeśli uzna to za niezbędne dla przeprowadzenia postępowania – żądać złożenia dokumentów, które potwierdzają te wymagania. W konsekwencji żądanie przez Zamawiającego dokumentów przedmiotowych w sytuacji, gdy w treści SIWZ nie przedstawiono wymagań odnoszących się do danego elementu dostaw, usług czy robót budowlanych, którego dotyczy ma składany dokument, jest żądaniem nieskutecznym, jako pozbawione podstawy prawnej i faktycznej. Analogicznie żądanie należy uznać za nieuzasadnione w przypadku, gdy dokument, którego Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia określonych wymagań, nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Art. 26 ust. 1

66. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19

Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert – już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym.

67. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20

W aktualnym stanie prawnym brak jest obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert, ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. Wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem wstępnym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2019r. sygn. akt KIO 114/18). Oznacza to, że oświadczenia i dokumenty

składane w celu wykazania braku podstaw wykluczenia (czy to z art. 26 ust. 1, czy z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, ponieważ muszą zachować aktualność na dzień ich złożenia.

68. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 294/20

Przepisy art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp stanowią, że oświadczenia lub dokumenty, których katalog został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zatem oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji uznać należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, a nie tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.).

Art. 26 ust. 3

69. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1810/19, KIO 1811/19

Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, że w ocenie Izby, wadium zostało wniesione przez odwołującego w sposób prawidłowy, stwierdzić należy, że ww. przepisy nie znajdują zastosowania do tej instytucji. Przede wszystkim uzupełnienie wadium w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oznaczałoby, że w okresie oczekiwania przez zamawiającego na dokument, oferta nie byłaby zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium, co nie jest dopuszczalne. Ponadto art. 26 ust. 3 dotyczy złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25a ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych niezbędnych dokumentów. Przez ww. „inne niezbędne dokumenty” należy rozumieć dokumenty inne niż JEDZ i dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale jednak dokumenty służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia i spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty, wymagań zamawiającego. Z kolei art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyjaśnień w zakresie treści oferty. Wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji ani nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia i spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty, wymagań zamawiającego ani nie jest częścią oferty.

70. Wyrok z dnia 22 października 2019 r., sygn. akt KIO 1948/19

Izba stoi na stanowisku, że nawet jeśli uznać, zakres uzupełniania określony art. 26 ust. 3 ustawy za szeroki, to oczywistym wydaje się, że jednak nie obejmuje on informacji podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Zgodnie w orzecznictwem Izby oświadczenia i dokumenty będące podstawą do dokonania oceny ofert w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ nie stanowią oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. (...) Izba doszła do wniosku, że przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłoby do dopuszczenia możliwości

uzupełniania oświadczeń lub dokumentów składających się na treść oferty i podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, co byłoby równoznaczne z możliwością zmiany treści ofert po upływie terminu ich składania bądź prowadzić mogłoby do wrażenia negocjowania treści oferty w celu przyznania jej dodatkowych punktów.

71. Wyrok z dnia 22 października 2019 r., sygn. akt KIO 2002/19

Różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, konkretyzującymi świadczenie wykonawcy, a dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, ma istotne (a dla przedmiotowej sprawy kluczowe) znaczenie, ponieważ dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą być uzupełniane w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty. (...) Powyższe regulacje w sposób jednoznaczny przesądzają, iż możliwe jest wzywianie wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie obejmującym dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. W sytuacji zatem, gdy na gruncie postanowień SIWZ, określonym dokumentom można nadać charakter dokumentów przedmiotowych, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1158/14 „wobec przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oczywiste jest, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – odsyłając do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – dotyczy wszystkich rodzajów dokumentów, które wyszczególnione zostały w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na mocy art. 25 ust. 2 ustawy Pzp”.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wyartykułował w treści SIWZ, że w przedmiotowym postępowaniu dokumenty takie jak certyfikaty CE, deklaracje zgodności, atesty higieniczne, świadectwa dopuszczenia CNBOP oraz próbki zaoferowanego asortymentu, miały charakter dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający w treści punktu IX.1 SIWZ wskazał, iż składane na wezwanie Zamawiającego dokumenty wymienione w ppkt 1–4 mają zostać złożone „w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego” – cel złożenia ww. dokumentów został zatem wprost określony, a było nim potwierdzenie, że oferowany asortyment spełnia wymagania Zamawiającego i cel ten odpowiada dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia tych dokumentów w takim charakterze, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, a zatem m.in. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie procedury uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści (tak m.in. wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO 608/16, wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r., sygn. akt KIO 426/15). Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem wiązały zarówno wykonawców w dacie składania ofert, jak i Zamawiającego na etapie ich oceny. (...) Jak podnosi się w orzecznictwie, próbka może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie – zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona

uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezalączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą – po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1496/13, wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13). W konsekwencji, odnosząc się do przewidzianej dla próbki roli w postępowaniu należy każdorazowo ustalić, jakimi intencjami kierował się zamawiający, wprowadzając wymóg załączenia jej do oferty. Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2511/13, wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15). (...) Izba podziela niepisaną, aczkolwiek wyrażaną w orzecznictwie i doktrynie zasadę jednokrotności wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże należy podkreślić, że dotyczy ona jednokrotności żądania uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z tej samej przyczyny. Zamawiający może zatem skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec tego samego wykonawcy tylko jeden raz w tym samym przedmiocie. Odmienne rozumienie dyspozycji tego przepisu prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Dlatego też zamawiający wystosowując wezwanie w tym trybie, powinien wskazać precyzyjnie, jakich dokumentów ono dotyczy, jakie stwierdził błędy lub wątpliwości oraz na czym opiera swoje zastrzeżenia. Dokumenty, co do których kierowane jest wezwanie, powinny być jednoznacznie określone, to treść wezwania determinuje bowiem ocenę, czy wykonawca w sposób prawidłowy złożył żądane oświadczenia lub dokumenty i czy ewentualne wezwanie go przez Zamawiającego ponownie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie naruszałoby przepisów ustawy Pzp.

72. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2044/19

Zatem tryb naprawczy, wskazany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczący uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia wykazu, aktualizuje się wtedy, kiedy zamawiający poweźmie wątpliwości co do spełniania określonego warunku, wyłącznie w zakresie okoliczności w nim wskazanych – a nie w zakresie jakichkolwiek wątpliwości czy subiektywnych zastrzeżeń strony. Skoro ocena zdolności wykonawcy następuje przez przyzmat treści warunku udziału w postępowaniu, to weryfikacja, czy środek dowodowy jest prawidłowy i kompletny, również winna przebiegać adekwatnie do brzmienia warunku. Innymi słowy, potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia wykazu, zachodzi wyłącznie wtedy, gdy istnieje wątpliwość spełnienia wymogów określonych w warunku, który wykaz ma udowodnić, a nie jakkolwiek rzekoma niedokładność, nieprecyzyjność czy inny faktyczny lub pozorny mankament wykazu. Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów powinno być uzasadnione ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wymaganie i wyjaśnianie informacji składanych przez wykonawców nie może odbywać się bez uwzględnienia celu w jakim oświadczenia i dokumenty są składane – potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem dokumentacji postępowania. Jak bowiem trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, nie jest właściwe korzystanie z uprawnień przysługujących zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w każdym przypadku, a zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 02.02.2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1318/16). Natomiast „ocena, czy istniały podstawy do uruchomienia procedury naprawczej, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawsze zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 01.03.2018 r. sygn. akt I CSK 657/17).

73. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19

Dalej należy wskazać, że choć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie odnosi się do kwestii na jaki moment aktualne mają być oświadczenia lub dokumenty składane w efekcie wezwania, to podzielić należy stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, a także w opinii UZP przywołanej w odwołaniu, iż zasadnym jest, aby aktualność uzupełnianych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów była powiązana z aktualnością, o której mowa odpowiednio na gruncie art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zależności od tego, jakich oświadczeń lub dokumentów dotyczy wezwanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, iż istotne i kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (czy to z art. 26 ust. 2, czy z art. 26 ust 3 ustawy Pzp) muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Ocena aktualności danego oświadczenia lub dokumentu zależeć będzie od jego rodzaju i treści i winna być dokonywana w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego, czy są one składane na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, czy na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

74. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2428/19 i KIO 2429/19

Skoro zatem, zdaniem Zamawiającego, brak kart katalogowych nie pozwala na sprawdzenie parametrów oferowanych urządzeń w ramach złożonej oferty, to Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o uzupełnienie oferty o ww. dokumenty informacyjne.

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców Odwołujących się do uzupełnienia kart katalogowych potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, czym naruszył dyspozycję artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przyznał, że potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez oferowane przez wykonawców urządzenia poszukiwał w innych niż wymagane w treści SIWZ źródłach, takich jak np. internet. Należy wskazać, że Zamawiający zobowiązany jest badać oferty na podstawie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez wykonawców w treści oferty. Skoro Zamawiający wymagał (zgodnie z postanowieniami SIWZ) przedstawienia kart katalogowych i przyznał, że te dokumenty potwierdzać miały zgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ, to na podstawie tych dokumentów był zobowiązany dokonać oceny ofert. Ponadto Zamawiający może odrzucić ofertę tylko wtedy, gdy ma pewność, że treść oferty nie odpowiada SIWZ. Zamawiający nie zbadał wcześniej wszystkich dokumentów wymaganych, w tym kart katalogowych wykonawców, nie może zatem mieć pewności, że oferowane przez wykonawców Odwołujących się urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ.

75. Wyrok z dnia 24 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2454/19

Nie było sporne między stronami, że wykonawca XXX przedłożył do postępowania zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości. Zaświadczenie wystawione zostało przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Warszawie w dniu 4 lipca 2019 r. i odwoływało się do stanu na dzień 20 czerwca 2019 r. Izba ustaliła również, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 25 września 2019 r. W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stanęła na stanowisku, że zaświadczenie przedłożone przez wykonawcę XXX nie może być uznane za prawidłowe i wystarczające bowiem, co prawda zostało wystawione w okresie 3-miesięcznym poprzedzającym termin składania ofert, ale jednak jego treść jednoznacznie wskazuje, że odwołuje się ono do stanu na dzień 20 czerwca 2019 r. Tym samym uznać należy, że odnosi się ono do okresu dłuższego niż 3-miesięczny przed upływem terminu składania ofert. Wobec tego Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien był uznać, że ww. zaświadczenie nie jest prawidłowe. Wobec tego za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp bowiem dokument ten powinien być uzupełniony przez Zamawiającego.

76. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19

Wobec zastrzeżeń Odwołującego do dokumentacji przedłożonej w wykonaniu tego wezwania oraz wobec uzasadnionego merytorycznie stanowiska samego Zamawiającego, iż nadesłana karta katalogowa nie zawiera jednoznacznych informacji o spełnieniu przez produkt bezwzględnie wymaganego przez SIWZ parametru (wartości chłonności), Zamawiający uznał za konieczne wdrożenie trybu z art. 26 ust. 3 u.z.p. Przepis ten stosowany jest w sytuacji, kiedy jak w niniejszym postępowaniu przetargowym – wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.z.p. – w tym także opisane w art. 25 ust. 1 pkt. 2 u.z.p., a więc spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – bądź dokumenty te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości i nakazuje wówczas Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. W ocenie Sądu Zamawiający spośród wszystkich przewidzianych w tym przepisie form sanowania braków dokumentacji trafnie wybrał wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który nie zawierał niezbędnej i wymaganej przez SIWZ treści, nie zaś do udzielenia wyjaśnień, co byłoby adekwatne do sytuacji, w której Zamawiający żywiłby wątpliwości co do niejasnej treści dokumentów, możliwe do wyjaśnienia przez samego wykonawcę. Skoro SIWZ wymagały przedłożenia informacji pochodzących od producenta oferowanego wyrobu, zawartych w oryginalnych ulotkach, katalogach czy kartach danych technicznych, to nie wydaje się możliwe, by ewentualne wątpliwości co do treści takich dokumentów mogły zostać rozwiązane przez samego wykonawcę w trybie złożenia wyjaśnień. Słusznie zatem Zamawiający uznał, że konieczne jest uzupełnienie brakujących danych, co z uwagi na wymóg pochodzenia informacji od samego producenta mogło nastąpić tylko poprzez złożenie oryginalnej ulotki, katalogu lub karty danych technicznych, gdzie zawarte byłoby jednoznaczne potwierdzenie spełnienia przez oferowany wyrób parametru chłonności odpowiadającego wymogom załącznika Nr 2a do siwz. (...) Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, kiedy nie został spełniony jeden z warunków przewidzianych w SIWZ w postaci przedstawienia przez wykonawcę dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 pkt 2 u.z.p., odnoszącego się do przedmiotu zamówienia i mającego zaświadczać, że przedmiot opisany w ofercie odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, a wykonawca, pomimo stosownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3

u.z.p., żądanych dokumentów nie uzupełnił w wyznaczonym terminie, ich brak powinien skutkować odrzuceniem jego oferty z mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.z.p. Choć dokonanie wstępnej oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ na potrzeby ustalenia listy rankingowej odbywa się na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zawierającego zobowiązanie się wykonawcy do świadczenia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, to jednak później zgodność ta zostaje zweryfikowana w oparciu o dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 1 u.z.p.

Art. 26 ust. 3a

77. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19

W istocie rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało oceny, czy w powyżej ustalonych okolicznościach Zamawiający prawidłowo uznał, że opatrzenie uzupełnionego na jego wezwanie pełnomocnictwa podpisami kwalifikowanymi po upływie terminu składania ofert przesądza automatycznie, niezależnie od treści tego pełnomocnictwa i okoliczności towarzyszących jego udzieleniu, o braku wykazania umocowania do złożenia oferty. Rozważenia wymagało również, czy Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę z art. 26 ust. 3a pzp. (...) Izba podziela stanowisko Odwołującego, że do oceny pełnomocnictw składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje zastosowanie – na mocy art. 14 ust. 1 ustawy pzp – art. 65 § 1 Kc, określający zasady wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto zwrócić należy uwagę na wypływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynności prawnej za ważną (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r. sygn. akt II PK 276/15). Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę proporcjonalności, do czego w ocenie Izby doszło w tej sprawie.

Ocena umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym ocena taka nie może abstrahować od treści pierwotnie istniejącego umocowania, przyczyn uznania za nieprawidłowe pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą ani od treści wezwania do jego uzupełnienia i sposobu zastosowania się do tego wezwania. Zdaniem Izby Zamawiający zaniechał dokonania takiej wszechstronnej oceny, o czym świadczy fakt, że w przedstawionym uzasadnieniu swojej czynności nie odniósł się do wskazanych wyżej okoliczności.

Art. 26 ust.4

78. Wyrok z dnia 15 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2090/19

(...) w przypadku kwestionowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, co do zasady niewystarczające jest podniesienie zarzutu naruszenia przez tego zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący winien w takim przypadku postawić zarzut, że wybór taki jest nieprawidłowy, gdyż wykonawca ten nie spełnia lub nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w specyfikacji. Nie jest natomiast wy-

starczające podniesienie, że zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie, zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do treści dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków.

Izba podziela stanowisko, że zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień tylko w przypadku, gdy zrodzą się u niego jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie złożonej oferty. W sytuacji gdy zamawiający ma pewność odnośnie dołączonych do oferty oświadczeń i dokumentów, nie można żądać od zamawiającego, aby ten wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień (patrz wyrok Izby z 28 lutego 2018 r. sygn. akt 244/18).

Art. 26 ust. 7

79. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 91/20

Wprawdzie art. 26 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek korzystania z tego narzędzia, nie oznacza on jednak konieczności ustalenia przez zamawiającego, na etapie formułowania treści wezwania, jakie dokumenty wydawane są w danym państwie, jaki organ je wydaje i wymienianie ich w treści pisma, kierowanego do wykonawcy. Co warte zauważenia, mimo iż z przepisu ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do korzystania z tej bazy danych, to zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej informacje zawarte na platformie e-Certis to narzędzie referencyjne, a nie usługa udzielania porad prawnych. Narzędzie to nie gwarantuje, że informacje będące wynikiem wyszukiwania, zostaną uznane za wiążące przez instytucję zamawiającą. Jest to wyłącznie narzędzie informacyjne, umożliwiające identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w kontekście postępowań o udzielanie zamówienia w poszczególnych państwach członkowskich. Dzieje się tak, gdyż system ten jest aktualizowany i weryfikowany wyłącznie na zasadzie dobrowolności, przez organy krajowe. Konsekwencją takiego podejścia, o którym mówi odwołujący, a zatem, że zamawiający posiłkując się informacjami z bazy e-Certis, winien żądać dokumentów tam wymienionych, byłoby w przypadku zmiany sposobu uzyskania dokumentu lub oświadczenia i przy braku aktualizacji systemu, żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego uzyskanie nie jest już możliwe.

Zamawiający zatem dopełnił ciężącemu na nim obowiązki porównania otrzymanych dokumentów z informacjami zawartymi w repozytorium e-Certis, w zakresie weryfikacji oświadczeń, zaświadczeń lub dokumentów pochodzących od podmiotów zagranicznych. Potwierdzeniem, że wypełnił postanowienia powyższego przepisu ustawy Pzp, jest pismo zamawiającego z dnia 8 stycznia 2020 r., w którym informuje odwołującego, iż wykluczył go z postępowania, wyjaśniając powody tej czynności i powołując się na powyższą weryfikację.

Art. 29 ust. 1 i 2

80. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1817/19

Na wstępie należy wskazać, że opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i zarazem uprawnieniem zamawiającego. Treść opisu przedmiotu zamówienia decyduje o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu podejmują decyzję o złożeniu oferty oraz o jej kształcie. Z tego względu ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące

mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację. Ww. czynniki stanowią podstawę do kalkulacji ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia przez jego jednoznaczne i wyczerpujące określenie. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien pozwalać wykonawcy na pozbawione wątpliwości przekonanie, jaki produkt i na jakich warunkach może zaoferować, aby spełniał wymagania zamawiającego. Ustawodawca zastrzegł w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić konkurencję. W tym miejscu należy zauważyć, że każdy opis przedmiotu zamówienia będzie w pewnym stopniu prowadził do ograniczenia konkurencji. Nie jest możliwe takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom działającym na rynku złożenie ofert. Zamawiający formułując przedmiot zamówienia, bierze pod uwagę własne, obiektywne, uzasadnione potrzeby. Owe uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

81. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1828/19

Należy podkreślić, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą świadczenia. Zamawiający jest zatem uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, niemniej jednak potrzeby te muszą być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące.

W ocenie składu orzekającego każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio, preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Natomiast konieczność zachowania zasad naczelných p.z.p. w postępowaniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie uwzględniał jego obiektywnych potrzeb. Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia – w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami jednostki zamawiającej – wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.

Zapewnienie właściwej konkurencji w postępowaniu jest niezwykle istotne, ponieważ powoduje, że rywalizacja wykonawców, odbywająca się w niedyskryminujących, uczciwych warunkach, przynosi zamawiającemu wymierne efekty w postaci uzyskania konkurencyjnej, atrakcyjnej oferty o ekwiwalentnej cenie. Prawidłowa rywalizacja na rynku jest determinantą efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tym niemniej nie można wypaczać generalnych zasad p.z.p. poprzez sprowadzenie ich do obowiązku zaproszenia do złożenia oferty wszystkich wykonawców działających na danym rynku. Zamawiający, który ma obowiązek racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia, uwzględniając swoje wymagania, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostanie dopuszczony do postępowania każdy wykonawca, który chciałby wykonać zamówienie. W ocenie składu rozpoznającego spór to właśnie obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji, wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

82. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19

Rolą Zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W tym zakresie istotne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane w formule „buduj” szczególne znaczenie ma w tym zakresie dokumentacja projektowa przekazywana przez zamawiającego wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych*. Skoro to nie wykonawca jest autorem tej dokumentacji, to należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwoływającego, że spoczywa na nim obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z terenem budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości, jednakże chodzi w takim przypadku o takie kwestie, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności. Nie oznacza to obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia wszelkich błędów lub też badania terenu budowy w sposób wykraczający poza obowiązek wykonawcy robót. W związku z tym wykonawca robót budowlanych nie powinien być obciążany odpowiedzialnością za wszelkie ryzyka związane z ewentualnymi błędami, brakami dokumentacji technicznej lub terenu, lecz jedynie za takie, które jako profesjonalista jest w stanie wykryć przy zachowaniu należytej staranności.

W ocenie Izby próba obciążenia wykonawcy ryzykiem za wszelkie ww. okoliczności wskazuje na to, że Zamawiający liczy się z tym, że przekazywana przez niego dokumentacja projektowa jest dotknięta wadami, jakich stosownie do art. 651 k.c. wykonawca nie ma obowiązku się doszukiwać i pod ich kątem analizować tej dokumentacji i dlatego wyraźnie wprowadził do umowy zapisy wskazujące na rozszerzoną, w stosunku do tej jaka wynika z przepisów k.c., odpowiedzialność wykonawcy, chcąc tym samym uchylić się od odpowiedzialności. Takie działanie nie może być akceptowane. (...) Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, który w odniesieniu do tego zarzutów stwierdza, iż skarżone postanowienia mają charakter typowy dla umów o roboty budowlane oraz że chronią one Zamawiającego przed nieprzewidywalnym wzrostem kosztów zamówienia oraz nieporównywalnością ofert. W ocenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, jakkolwiek mogą one chronić Zamawiającego przed wzrostem kosztów na etapie już po wyborze najkorzystniejszej oferty, to jednak wiąże się to z ryzykiem złożenia nieporównywalnych i droższych ofert. Jak wyżej zaznaczono przepisy ustawy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane m.in. za pomocą dokumentacji projektowej. Zamawiający winien zadbać o to, aby przekazywana przez niego wykonawcy dokumentacja była prawidłowa, a obiekt wybudowany z jej wykorzystaniem odpowiadał jego potrzebom, a nie przekładać w tym zakresie obowiązków na wykonawcę robót.

83. Wyrok z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2228/19, KIO 2249/19

Izba stwierdziła, że zamawiający przez sporne postanowienia przyznał sobie prawo do jednostronnej, arbitralnej i dowolnej zmiany zakresu świadczonych usług. Co więcej zamawiający nie określił jakichkolwiek granic dla swego uprawnienia, czy to procentowych, czy ilościowych. Nie doprecyzowano także przypadków, kiedy zmiany miały zostać wdrażane. Wskutek powyższych zaniechań wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia, nie ma gwarancji wykonania jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia, gdyż w świetle przywołanych postanowień zamawiający może samodzielnie zdecydować nawet o drastycznym ograniczeniu zakresu

przedmiotowego umowy. Kwestionowane postanowienia uprawniają również zamawiającego do arbitralnego zwiększenia zakresu świadczonej usługi, w dowolnym zakresie.

Opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyk wiążących się z realizacją zamówienia i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Inaczej szacuje się cenę oferty przy założeniu, że zostanie zrealizowany cały zakres umowy, a inaczej, gdy grozi ryzyko wykonania jedynie jego niewielkiej części. Jak słusznie wskazał odwołujący X., wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ponosić będzie koszty stałe i musi mieć gwarancję, że w pewnym zakresie umowa zostanie wykonana. Z drugiej strony zamawiający nie może przyznać sobie prawa do zwiększenia w sposób nieograniczony zakresu przedmiotowego umowy. Taki opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia wycenę ryzyk i poprawne skalkulowanie ceny oferty. Wykonawca ubiegający się o zamówienie nie będzie miał bowiem pewności, czy jego potencjał umożliwi mu zrealizowanie znacznie poszerzonego zakresu usługi. Powyższych uchybień nie zmienia fakt, że zamawiający przewidział za wykonywanie usługi wynagrodzenie obmiarowe, uzależnione od ilości wykonanych usług. Rzeczywiście, w razie zwiększenia zakresu usługi, wykonawca otrzyma wyższe wynagrodzenie, ale z przyczyn wskazanych powyżej – może on nie udźwignąć znacznie powiększonego zamówienia. Ryzyko to jest na obecnym etapie niemożliwe do skalkulowania, wobec braku opisanego jakichkolwiek ram zmiany zakresu przedmiotowego umowy.

84. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2628/19

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Wymagania Zamawiającego wynikają z jego uzasadnionych potrzeb, które choćby wynikają z przyczyn technicznych oraz mają swoje odzwierciedlenie w innych zobowiązaniach – jak w tym przypadku w umowie o dofinansowanie, której brak realizacji z określonymi w niej regulami, z uwzględnieniem opisanych zakresów, obowiązków i przedmiotu będzie powodował konsekwencje finansowe po stronie Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne, ale oparte na innych rozwiązaniach technicznych do tych wymaganych przez Zamawiającego.

Art. 29 ust. 2 i 3

85. Wyrok z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2134/19

Jeśli w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia wskazano produkty z podaniem nazwy, symbolu i producenta, produkty te stanowią przykłady, jakie mogą być użyte przez wykonawców w ramach robót. Znaki firmowe producentów oraz nazwy i symbo-

le poszczególnych produktów zostały podane jedynie w celu jak najdokładniejszego określenia ich charakterystyki. Oznacza to, że wykonawca nie jest zobowiązany do zastosowania tych konkretnych, podanych w dokumentacji przetargowej produktów i może stosować inne, jednakże wyłącznie pod warunkiem ich zgodności z produktami podanymi w dokumentacji pod względem:

- gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj oraz liczba elementów składowych),
- charakteru użytkowego (tożsamość funkcji),
- charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość materiału),
- parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, konstrukcja),
- wyglądu (struktura, barwa, kształt),
- parametrów bezpieczeństwa użytkowania.

Jeżeli zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji, ale nie podaje minimalnych parametrów, które by tę równoważność potwierdzały – wykonawca obowiązany jest zaoferować produkt o właściwościach zbliżonych, nadający się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania.

Z drugiej strony w SIWZ i opisie przedmiotu zamówienia posługiwano się bardzo szczegółowymi i drobiazgowymi parametrami, raczej o znaczeniu drugorzędym dla zamawianego rozwiązania, oraz w żaden sposób nie wskazywano przy użyciu nazw handlowych, które z elementów mają znaczenie kluczowe i stanowią minimalne kryterium równoważności. To w ocenie Izby może sugerować, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, kierując się parametrami konkretnych urządzeń. Co więcej, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie Zamawiający nie umiał wskazać i wyjaśnić skąd wzięły się tak bardzo szczegółowe wymogi dla niektórych elementów systemu, oraz dlaczego są one tak kluczowe dla przedmiotu zamówienia. Już sam ten fakt w ocenie Izby niezbicie dowodzi, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z przekroczeniem zasad wyznaczonych art. 29 ustawy Pzp, dopuszczając jako jedyne, prawidłowe rozwiązanie tylko jednego producenta, bez jakiegokolwiek uzasadnienia takiego działania w dokumentach zgromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie zauważył, że konieczność spełnienia wymogu by wszystkie parametry były równe lub lepsze czyni dopuszczenie równoważności iluzorycznym. Z drugiej strony w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia, przy użyciu znaków towarowych lub oznaczeń handlowych Zamawiający nie opisał jakie cechy uważa za kluczowe, by inne oferowane rozwiązanie można było uznać za równoważne.

86. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2125/19

(...) dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokonana zostanie ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zatem, aby prawidłowo zastosować art. 29 ust. 3 p.z.p., niezbędnym jest jasne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów, dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Brak takiego określenia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowane przez nich produkty spełniają wymagania zamawiającego – w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych urządzeń do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego – co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Zaś z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych oczekiwań równoważności przez zamawiającego, powoduje brak możliwości oceny i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Dla wykonawcy, który chce zaoferować rozwiązanie równoważne do wzorcowego, opisanego w przedmiocie zamówienia, a nie zadba o własny interes i nie będzie zabiegał o klarowne

określenie wymagań równoważności, powoduje to istotną trudność, a często wręcz brak możliwości udowodnienia zamawiającemu, że jego oferta spełnia cechy równoważne do przedmiotów wymaganych przez jednostkę zamawiającą. Brak określenia kryteriów równoważności, poprzez brak wskazania w dokumentacji postępowania jakie cechy i parametry w odniesieniu do konkretnego rozwiązania będą decydowały o równoważności stanowi istotną wadę SIWZ, a zarazem naruszenie art. 29 ust. 3 p.z.p.

87. Wyrok z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 211/20

Izba zważyła, że oceniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, należy wziąć pod uwagę, że przepis ten zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Wobec braku uprawdopodobnienia przez Odwołującego okoliczności dyskryminujących tego wykonawcę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował obiektywnych terminów dostaw, które wpływają w sposób nieuzasadniony na ograniczenie konkurencyjności postępowania. Fakt, że określone terminy mogą być dla jednego wykonawcy bardziej realne, a dla innego mniej, nie przesądza o wadliwości tych postanowień. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02), odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia: „Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny». W ocenie Izby, w tym postępowaniu nie ma dowodów na to, że określając terminy dostaw pojazdów, Zamawiający dążył do wyłączenia Odwołującego jako potencjalnego wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Postanowienia SIWZ dotyczące terminów dostaw nie wskazują ani bezpośrednio, ani pośrednio jednego konkretnego wykonawcy, który byłby preferowany w przedmiotowym postępowaniu oraz nie eliminują z udziału w postępowaniu innych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty.

Należy podkreślić, że Zamawiający wykazał, iż kwestionowane przez Odwołującego terminy dostaw określone w SIWZ znajdują odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. W szczególności istotne znaczenie ma fakt, że postępowanie jest finansowane w części ze środków unijnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014–2020 Podziałanie 4.5.3. Regionalny niskoemisyjny transport aglomeracyjny. Termin zakończenia postępowania nie może przekroczyć 2022 r., bowiem przekroczenie tej daty spowoduje brak możliwości przedstawienia do rozliczenia wydatków w ramach środków unijnych. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że na przełomie roku 2021 i 2022 planowany jest przegląd techniczny 13 sztuk pojazdów na poziomie P4, a zatem pojazdy te na czas wyłączenia z użytkowania muszą być zastąpione innymi pojazdami, aby zapewnić ciągłość świadczenia usług transportu, co potwierdza przedstawiony przez Zamawiającego Harmonogram napraw taboru kolejowego Województwa Małopolskiego. Są to obiektywne okoliczności, które wpływają na sposób określenia terminów dostaw w przedmiotowym postępowaniu.

88. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 208/20

Izba stanęła na stanowisku, że treść przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o terminach co do zasady określa maksymalny 60-dniowy termin zapłaty, liczony od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Przepis zezwala co prawda na odmienne ustalenie przez strony umowy terminu zapłaty, niemniej jednak zgoda

ta, została obwarowana przez ustawodawcę tym, że powyższe ma mieć charakter ustalenia stron, które powinno być wskazane w sposób wyraźny w umowie i nie może być rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. (...) Izba w pełni podziela argumentację przywołaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, które zasadza się na stanowisku, iż Zamawiający jest uprawniony do określania w umowie swoich wymagań treścią specyfikacji, jednak w niniejszej sprawie przepis art. 7 ust. 2 Pzp wprost wskazuje, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa wydłużenia terminu płatności wymaga ustalenia powyższej kwestii pomiędzy stronami. Nie sposób poznać, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ustaleniem pomiędzy stronami, skoro powyższa kwestia była jedynie jednostronnie zakomunikowana wykonawcom w specyfikacji. (...) W treści ww. przepisu ustawodawca uregulował sytuację, gdy dłużnikiem zobowiązanym do zapłaty za towary lub usługi jest duży przedsiębiorca, a wierzycielem jest mikro, mały przedsiębiorca albo średni przedsiębiorca. W takim przypadku termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. (...) W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przy analizie zagadnienia wydłużenia przez Zamawiającego w SIWZ terminu zapłaty do 120 dni w odniesieniu do wykonawców, którzy mają status dużych przedsiębiorców, konieczne jest osadzenie przytoczonych powyżej przepisów ustawy o terminach zapłaty (w szczególności art. 7 ust. 2) w ramach prawnych prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy nie można tracić z pola widzenia tego, że Zamawiający, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oczywistym jest, że powołany przepis ma charakter generalnej zasady rozciągającej się na całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo wskazania wymaga, że znajduje on odzwierciedlenie również w treści przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W stanie faktycznym sprawy Izba stanęła na stanowisku, że określone przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w Części (...) załącznika nr (...) do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, różnicujące termin płatności w zależności od statusu wykonawcy, nie zapewniają zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp.

Izba prezentuje pogląd, że termin płatności stanowi istotny element związany z realizacją przedmiotu zamówienia, który niewątpliwie ma wpływ na ukształtowanie ceny oferty, która w tym postępowaniu stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (...). W aspekcie powyższego dłuższy o 60 dni termin płatności oznacza dla wykonawcy mającego status dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenie z uwagi na konieczność finansowania realizacji kontraktu, co będzie stanowiło dla wykonawcy dodatkowy koszt, który powinien być uwzględniony w cenie oferty. Powyższe należy również uwzględnić w sytuacji, gdy wykonawca już na etapie ubiegania się o zamówienie posiada zaciągnięte pożyczki czy też kredyty, co względem Odwołującego zostało dowiedzione w toku rozprawy.

Art. 29 ust. 3a

89. Wyrok z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2232/19

Art. 29 ust. 3a Pzp stanowi, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czyn-

ności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). Zgodnie z art. 22 § 1 k.p. przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Izba zważyła, że wymagania zamawiającego dotyczące zamawianych usług wyczerpują konstytutywne cechy stosunku pracy, którymi są: wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i w czasie przez niego wyznaczonym oraz obowiązek pracodawcy do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. I tak zamawiający opisał, na czym mają polegać czynności kontrolerów (wykonywanie czynności określonego rodzaju), ustalił, że czynności te będą wykonywane na rzecz wykonawcy, którego łączy umowa z zamawiającym. Z tą oceną nie stoi w sprzeczności, że beneficjentem czynności kontrolerów będzie faktycznie zamawiający, bowiem należy odróżnić wypełnianie powinności wynikających ze stosunku pracy od relacji pracodawcy z innymi podmiotami, zamawiającymi u pracodawcy dane świadczenia. Czas i miejsce wykonywania usług zostały uregulowane w § 4 ust. 1 i 5 IPU stanowiącymi odpowiednio, że kontrola Obszaru Płatnego Parkowania musi odbywać się w sposób ciągły w dniach i godzinach zobowiązujących do opłaty za postój, tj. w dniach i godzinach obowiązywania obszaru płatnego parkowania, określonych stosowną uchwałą RMK. Kontrola polega na sprawdzeniu i udokumentowaniu realizacji obowiązku wnoszenia opłat za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w obszarze płatnego parkowania oraz każdy z kontrolerów ma określony przez zamawiającego teren kontroli, po którym porusza się w sposób ciągły. W porozumieniu z zamawiającym lub na jego wniosek po okresie nie dłuższym niż 1 tydzień będzie następować rotacja kontrolerów w przydzielonych obszarach. Kontrolerzy w przydzielonych obszarach będą mogli poruszać się jedynie jeden tydzień w ciągu miesiąca. Zatrudnienie nowych pracowników traktowane będzie jako spełnienie wymogu rotacji. O nadzorze pracodawcy stanowi natomiast § 4 ust. 3 IPU, po myśli którego wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia przynajmniej jednego koordynatora na każdych dziesięciu kontrolerów. Koordynator ma za zadanie nadzorować i organizować prace kontrolerów w terenie oraz być w stałym kontakcie z zamawiającym, w tym informować na bieżąco o wszystkich problemach dotyczących wykonywania niniejszej umowy. Zastrzeżona § 4 ust. 6 IPU możliwość kontroli czasu pracy kontrolerów nie podważa obowiązku wykonawcy organizacji wykonywania swoich obowiązków przez kontrolerów oraz odpowiedzialności za prawidłowe wykonywanie przez nich powierzonych obowiązków.

W konsekwencji Izba uznała, że wymaganie zamawiającego zatrudnienia kontrolerów na podstawie umowy o pracę odpowiada prawu.

Art. 30b ust. 4

90. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2389/19

Izba wskazuje, że brak w treści s.i.w.z. odwołania do art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią.

Zamawiający nie ma obowiązku przytaczania w treści s.i.w.z. przepisów bezwzględnie obowiązujących, które mają zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Niemniej jed-

nak jest obowiązany je stosować. Dopiero w przypadku niezastosowania lub naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu, wykonawcy, którego interes w uzyskaniu zamówienia zostanie przez to naruszony lub zagrożony, przysługiwać będzie uprawnienie do jego obrony poprzez skorzystanie z przewidzianych ustawą P.z.p. środków ochrony prawnej.

Art. 36 ust. 1 pkt 16

91. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2416/19

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wyraża pogląd, iż postanowienia umowne w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania umowy mogą przewidywać nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za jego zawinione działania czy zaniechania, ale nawet odwoływać się do zasady ryzyka. Zamawiający w stanie faktycznym sprawy w poszczególnych postanowieniach umowy, związanych z możliwością naliczania kar umownych posłużył się określeniem „opóźnienie”, a nie „zwłoka”. W kontekście powyższego nie sposób pominąć wyjaśnień Zamawiającego, prezentowanych w toku rozprawy, który twierdził, że wysokość kar umownych jest adekwatna do ryzyka Zamawiającego, bowiem środki pozyskane przez Zamawiającego pochodzą z funduszy europejskich i są obwarowane ściśle określonymi terminami, dlatego też konieczne jest terminowe wykonanie zamówienia, wymagające mobilizacji nie tylko ze strony wykonawcy, ale również Zamawiającego. Wobec tego, w ocenie Izby zasadnym jest ukształtowanie postanowień umownych, które uwzględniają możliwość naliczenia kar umownych za opóźnienie.

Następnie Izba odniosła się do zasadności wysokości poszczególnych kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego w treści projektu umowy. W zakresie omawianych zarzutów Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Odwołującego opierające się o przykładowe założenia ofertowe, odnoszące się do zakładanej wartości kontraktu, która będzie opiewała zdaniem wykonawcy XXX na kwotę około 150 000 000 zł. Uwzględniając wartość kary umownej ustalonej przez Zamawiającego w projekcie umowy w § 13 ust. 1.1 w przypadku jednego dnia opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wykonawca byłby zobowiązany zapłacić karę umowną na poziomie 750 000 zł. Kolejną kwestią, istotną z punktu widzenia rozpoznawanego zarzutu, jest wartość umów podwykonawczych, które będą stanowiły znaczną część wynagrodzenia w ramach tego kontraktu. W tym zakresie za przykład może posłużyć wskazywana przez Odwołującego umowa podwykonawcza związana z wykonaniem SRA, która zgodnie z przewidywaniami wykonawcy XXX będzie oscylowała się na poziomie około 30 000 000 zł. W sytuacji opisanej przez Zamawiającego w § 13 ust. 2.2 projektu umowy, przy ukształtowaniu przez Zamawiającego kary umownej na poziomie 10%, wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej na poziomie 3 000 000 zł za każdy dzień opóźnienia. Natomiast przy wysokości kary umownej na poziomie 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo (ust. 2.1. umowy w § 13 wzoru umowy) wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości aż 30 000 000 zł. W omawianym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż przewidziane przez Zamawiającego kary umowne zostały ustalone na zbyt wysokim poziomie co przeczy istocie i celowi ustanawiania kar umownych. (...) Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że wysokość kar umownych zawartych w § 13 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ jest znacząco wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz jest nieadekwatna do wagi naruszeń, co w konsekwencji powoduje, że poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego zamiast funkcji kompensacyjnej w zasadzie jest pewnym rodzajem represji względem wykonawcy. W obliczu powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający w § 13 wzoru umowy ustanawiając na zbyt wysokim poziomie wysokość kar umownych, naruszył zasadę proporcjonalności, przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Art. 36a ust. 1**92. Wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 299/20**

(...) stosownie do brzmienia art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to, co do zasady, przysługuje niezależnie od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy). Jednakże, co wynika z literalnego brzmienia przepisu, który wskazuje na „część” zamówienia, nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy wykonania całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega. Jednocześnie ustawodawca zastrzegł, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (w przypadku robót budowlanych lub usług), bądź też obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania części zamówienia, która została przez zamawiającego uznana za kluczową. Kluczową część zamówienia wykonawca musi zrealizować osobiście.

Stwierdzić należy wprawdzie, że nie ma, w świetle postanowień ustawy Pzp, możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia w SIWZ, że zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakres udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (tak m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., sygn. akt III SA/Wr 921/16). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (tak m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 21 marca 2017 r., sygn. akt III SA/Lu 826/16). Takie postanowienia byłyby sprzeczne z zasadami określonymi w ustawie, której przepisy mają na celu umożliwienie w jak najszerszym zakresie ubiegania się o zamówienia publiczne wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Ci z kolei, z reguły, biorą udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.

Z kolei w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), w art. 71 ust. 2, stwierdzono, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w art. 88 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa).

Tym samym stwierdzić należy, że zarówno w cytowanych przepisach Dyrektyw, jak też ustawy Pzp mowa jest o „części” zamówienia. W świetle literalnego ich brzmienia, stwierdzić należy, że nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Problematiczne jest wprawdzie określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i określenie tego w sposób procentowy. Nie sposób ustalić bowiem jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do wykonania dla wykonawcy. Powyższe należy rozważać każdorazowo, mając na uwadze zakres prac powierzonych do wykonania podwykonawcy, mając na uwadze, że zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp, w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury.

Art. 36aa

93. Wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2519/19

Art. 36aa Pzp stanowi, że zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Z przytoczonego przepisu wynika jednoznacznie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego do podziału przedmiotu zamówienia. Uprawnienie to może przerodzić się w zobowiązanie, ale tylko w przypadkach określonych w innych przepisach Pzp, m.in. art. 7 ust. 1 Pzp. Tym samym, by wykazać, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powinien wydzielić do odrębnego postępowania zamówienie na licencje oprogramowania Odwołujący obowiązany był udowodnić, że zaniechanie żądanego przez Odwołującego podziału przedmiotu zamówienia prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący ograniczył się jednak do twierdzeń, które nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Art. 45 ust. 3

94. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 254/20

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 45 ust. 3 p.z.p. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, zaś w oparciu o art. 45 ust. 7 p.z.p. wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego wadium zostanie wniesione w sposób prawidłowy, o ile w wyznaczonym terminie nastąpi uznanie rachunku zamawiającego w wymaganej kwocie, co winno zabezpieczać ofertę w taki sposób, że zamawiający może zatrzymać wadium, gdy będą ku temu zachodziły uzasadnione podstawy. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 04.01.1995 r. sygn. akt: III CZP 164/94 „Spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony postanowiły inaczej”. Zatem to fakt znajdowania się właściwej kwoty pieniężnej na rachunku zamawiającego, przed upływem terminu na składanie ofert, przesądza o właściwym i skutecznym wniesieniu wadium.

Art. 46 ust. 5 pkt 1

95. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1836/19, KIO 1852/19

(...) przesłanki zatrzymania wadium zawarte w zamkniętym katalogu ustalonym w art. 46 ust. 5 Pzp mają charakter *iuris cogentis* oraz są przepisami sankcyjnymi. Przepisy takie podlegają zatem wykładni ścisłej. Natomiast zamawiający w kwestionowanym postanowieniu pkt 17.3 SIWZ dokonał niedopuszczalnego rozszerzenia ich zakresu przedmiotowego. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nieuregulowanym w ustawie stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Pojęcie „uchylenie się od zawarcia umowy” nie jest przesłanką zatrzymania wadium. Używane jest ono w art. 94 ust. 3 Pzp i powinno być rozumiane zgodnie z wykładnią ustaloną na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 390 k.c. Dokonał jej m.in. Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05 *niepubl.*, który przyjmując pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., II KKN 440/00, stwierdził, że za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać

można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli rzeczywiście zostało złożone. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. Podobnie w wyrokach z 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05 oraz z 13 stycznia 2011 r. III CSK 116/10 *niepubl.*, Sąd Najwyższy stwierdził, że przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem.

Przyjmując te poglądy, należy dojść do przekonania, że uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy może stanowić podstawę zatrzymania wadium wskazaną w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium, jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Za takie działanie wykonawcy nie może być jednak uznane stwierdzenie przez zamawiającego przed podpisaniem umowy, że oferta wykonawcy nie odpowiada jego wymaganiom. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do uznania, że w takiej sytuacji nie doszło do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co uzasadniałoby zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp. Przyczyną niezawarcia umowy byłoby bowiem w takim przypadku wyłącznie zaniechanie należytego zbadania oferty przez zamawiającego przed dokonaniem jej wyboru.

Art. 62 ust. 1 pkt 4

96. Wyrok z dnia 2 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2568/19

Aby możliwe było zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, musi zatem zachodzić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, czyli pilna potrzeba zawarcia umowy z wykonawcą, który będzie realizował to zamówienie. Ponadto ww. pilna potrzeba nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, natomiast musi wynikać z sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia ocenia się nie jako nieograniczoną pewność jego niewystąpienia, lecz jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. (...) Odnosząc się do przesłanki braku możliwości przewidzenia pilności udzielenia zamówienia, należy zauważyć, że konieczność unieważnienia postępowania z powodu tego, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, nie jest okolicznością wyjątkową, o czym świadczy choćby fakt, że została wprost przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto w świetle podnoszonych przez zamawiającego na rozprawie (choć w sposób ogólnikowy) argumentów o podwyższonych wymaganiach dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów wynikających z nowelizacji ustawy „śmieciowej”, należałoby uznać, że takie podniesienie przez ustawodawcę wymagań, doprowadzi właśnie do wzrostu kosztów realizacji usługi. Tymczasem, jak oświadczył na rozprawie odwołujący (a czemu zamawiający nie zaprzeczył), zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia udzielanego w przetargu nieograniczonym kwotę mniejszą, niż wartość poprzednio zawartej umowy. Tym bardziej zatem zamawiający powinien był liczyć się z tym, że przeznaczone przez niego środki na sfinansowanie zamówienia

mogą okazać się niewystarczające i konieczne będzie unieważnienie postępowania. Okoliczności sprawy nie dają zatem podstawy do tego, by uznać, że zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (niezależnie od tego, czy w sprawie KIO 2548/19 Izba uzna ww. unieważnienie za zasadne). Tym samym przesłanka nieprzewidywalności również nie została spełniona.

Art. 67 ust. 1 pkt 2

97. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19

Zdaniem Izby z przepisów ustawy pzp wynika nierozzerwalne powiązanie konkursu i prowadzonego następnie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nagrodą w konkursie było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, co wprost przewiduje art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp. Z kolei skorelowany z tym przepisem art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki właśnie, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Przy czym art. 110 jest przepisem definiującym konkurs jako przyrzeczenie publiczne, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Skoro warunkiem *sine qua non* zaistnienia okoliczności uprawniającej do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp, jest uprzednie przeprowadzenie konkursu, jeżeli będzie on dotknięty wadami wpływającymi na jego wynik, odpadnie podstawa do udzielenia w trybie tego przepisu zamówienia z pominięciem trybów podstawowych {patrz art. 10 ust. 1 i 2 pzp trafnie przywołane w tym kontekście w odpowiedzi na odwołanie}.

Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie – przed podpisaniem umowy w sprawie tego zamówienia z wolnej ręki okazało się, że będący przesłanką udzielenia w tym trybie konkurs obarczony jest wadą, która miała wpływ na jego rozstrzygnięcie. Wybrana została bowiem praca konkursowa Konsorcjum, które nie powinno nawet zostać dopuszczone do tego konkursu, skoro na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w nim, pomimo zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, zdecydowało się wskazać na nieprzydatne w tym celu doświadczenie. Co więcej, ponieważ konkurs został już zakończony, a niezależnie od tego Konsorcjum wyczerpało w jego toku tę jedyną prawnie dopuszczalną możliwość skorygowania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w nim, wada ta jest również nieusuwalna. Zatem nawet abstrahując od kwestii zasadności zastosowania względem Konsorcjum art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, przestała istnieć podstawa, aby udzielić mu zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp. Jeżeli tryb zamówienia z wolnej ręki został bowiem zastosowany z naruszeniem przepisów ustawy pzp, z mocy art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp umowa w sprawie tego zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu. Jest to jedna z tych sytuacji, do których wprost odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, który nakazuje zamawiającemu unieważnić niezakończony jeszcze postępowanie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powiązanie tego rodzaju konkursu i wolnej ręki nie ogranicza się zatem, jak chciałby Odwołujący, do kwestii przedmiotu zamówienia, czyli regulacji z art. 116 ust. 1 pkt 5 pzp, który nakazuje określenie w regulaminie konkursu, w przypadku, o którym mowa w art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego

przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że w przywołanym przez niego w odwołaniu cytacie z uzasadnienia uchwały z 8 maja 2015 r. sygn. akt KIO/KD 26/15 Izba wskazała właśnie na ścisłe powiązanie udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp z uprzednio przeprowadzonym konkursem, które przejawia się między innymi w regulacji z art. 116 ust. 1 pkt 5 pzp {naruszenie tego przepisu było akurat przedmiotem stwierdzonego w toku kontroli uchybienia, stąd ta kwestia była pierwszoplanowa przy rozpatrywaniu zastrzeżeń zamawiającego od wyników kontroli}, a nie wyłączenie w niej.

Art. 67 ust. 1 pkt 4

98. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19

Nie ulegało wątpliwości, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi wyjątek od naczelnej zasady systemu zamówień publicznych, to jest zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe wynika z faktu, że istota trybu zamówienia z wolnej ręki polega na całkowitym wyłączeniu konkurencji w postępowaniu, które prowadzi się wyłącznie z udziałem jednego, wybranego wykonawcy. (...) W dalszej kolejności podkreślano, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 32 ust. 2 lit., a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65), tzw. dyrektywy klasycznej. (...) Nie ulega zatem wątpliwości, że przesłanki zamówienia w trybie z wolnej ręki, jako szczególnego wyjątku od zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i prymatu procedur podstawowych, tak daleko idącego, że wyłącza jakąkolwiek konkurencję, należy interpretować wyjątkowo ostrożnie, zawężająco, mając na względzie wyłączenie działania tych zasad. Na konieczność dokonywania wykładni ścisłej, a wręcz zawężającej przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki wskazywał wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także piśmiennictwo.

Przykładowo Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.1.2005 r. (C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. Orz. 2005, s. I-1) wskazał, iż w pierwszym rzędzie przypomnieć należy główny cel uregulowań unijnych w zakresie zamówień publicznych, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Jego realizacja wymaga zobowiązania wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań unijnych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki (pkt 44 wyr.). Każdy wyjątek od tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej. (...) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji należy interpretować w sposób ścisły i zawężający, ciężar udowodnienia zaś, iż zostały one spełnione, każdorazowo spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tego skutki prawne (zob. m.in. wyr. TSUE: z 3.5.1994 r. w sprawie C-328/92, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Zb.Orz. 1994, s. I-01569; z 28.3.1996 r. w sprawie C-318/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, Zb.Orz. 1996, s. I-01949; z 14.9.2004 r. w sprawie C-385/02, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, Zb.Orz. 2004, s. I-08121; z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, Zb.Orz. 2009, s. I-04369) (...). Nie ulegało również wątpliwości, że ciężar wykazania wszystkich przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki spoczywał na zamawiającym, jako na tym, który na taki wyjątek się powoływał i który z faktu tego wywodził skutek prawny. Okoliczność, że obowiązek udowodnienia istnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie

z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym, została również jednoznacznie rozstrzygnięta w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W tym kontekście należy wymienić przykładowo wyroki TS UE w sprawie C-385/02 Komisja Wspólnot Europejskich vs Republika Włoska czy wyrok w sprawie C-107/92.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinno nastąpić na moment udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co wynika wprost z przepisu. (...) Izba stwierdziła, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem wszystkich reguł wykładni prawniczej, w tym literalnej, systemowej, celowościowej, prounijnej należy interpretować w ten sposób, że uprawnia on zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki dopiero po bezskutecznym zakończeniu procedury konkurencyjnej z powodu braku ofert lub odrzucenia wszystkich nieodpowiednich ofert.

Prezentowana przez zamawiającego i przystępującego XXX przeciwna interpretacja, zgodnie z którą zamawiający uprawniony jest do udzielenia zamówienia z wolnej ręki wykonawcy przed upływem terminu na zaskarżenie decyzji o odrzuceniu ofert w postępowaniu konkurencyjnym okazała się sprzeczna z art. 7 ust. 1 i 10 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby interpretacja ta rażąco godziła w zasadę prymatu trybów podstawowych oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także pozostawała w sprzeczności z celem samej regulacji. Jak słusznie wskazywali odwołujący, przy przyjęciu takiej interpretacji, zamawiający w trakcie procedury konkurencyjnej mógłby pod jakimkolwiek pozorem odrzucić wszystkie oferty, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie udzielić zamówienia dowolnie wybranemu przez siebie wykonawcy, spośród tych którzy uczestniczą w tej procedurze, lub nawet spoza niej. Idąc tym tokiem rozumowania zamawiający mógłby dowolnie udzielać zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obok wciąż trwającej procedury konkurencyjnej nie bacząc na to, że procedura ta dalej trwa, że wykonawcy w niej uczestniczący ponieśli koszty sporządzenia ofert itd.

Na cel zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, rozumiany jako bezcelowość prowadzenia nowej procedury konkurencyjnej dopiero w razie bezskuteczności poprzedniej procedury wielokrotnie wskazywano w piśmiennictwie. *Możliwość udzielenia zamówienia publicznego bez publikowania ogłoszenia w oparciu o art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy 2014/24/UE wynika z założenia, iż skoro w ramach procedur zapewniających pełną konkurencję pomiędzy wykonawcami nie złożono żadnej oferty ani żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniających potrzeby i wymagania instytucji zamawiającej, to ich powtórne przeprowadzanie na takich samych zasadach zapewne nie przyniesie odmiennych rezultatów. Ponowne wszczynanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie procedury otwartej lub ograniczonej byłoby zatem bezcelowe oraz mogłoby narazić instytucję zamawiającą na utratę czasu oraz poniesienie dodatkowych kosztów. (...) W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zostały spełnione również z tego powodu, że powodem odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu konkurencyjnym nie była ich „niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia” w rozumieniu tego przepisu. (...) przy interpretacji tego pojęcia należało odwołać się do przepisów art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej. Otóż w przepisie tym jest mowa o niezłożeniu żadnej „odpowiedniej” oferty w uprzednio prowadzonym postępowaniu konkurencyjnym. Podkreślenia wymagało, że ustawodawca unijny sprecyzował także wprost pojęcie oferty nieodpowiedniej. Zgodnie z tą definicją oferta nieodpowiednia to taka, która „nie ma związku z zamówieniem, ponieważ wyraźnie nie jest w stanie, bez istotnych zmian, zaspokoić potrzeb i spełnić wymogów instytucji zamawiającej określonych w dokumentacji zamówienia”. Pojęcie nieodpowiedniości oferty wykładane było również w orzecznictwie TS UE m.in. w przywoływanym już wcześniej wyroku z dnia 4 czerwca 2009 r. C-250/07 (Komisja przeciwko Grecji).*

Istotna jest także wykładnia celowościowa przepisu. Prawodawca unijny dopuścił możliwość udzielenia zamówienia w procedurze niekonkurencyjnej, o której mowa w art. 32 ust.

2 lit. a dyrektywy klasycznej na wypadek kwalifikowanego, bezskutecznego zakończenia procedury konkurencyjnej. Bezskuteczność musi być wynikiem braku odpowiedzi ze strony wykonawców, ewentualnie sytuacji, w której odzew był, ale wpłynęły oferty wyraźnie i istotnie niezwiązane z zamówieniem, niemogące spełnić potrzeb zamawiającego. W takiej tylko sytuacji, przy kwalifikowanych rozbieżnościach między oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji a możliwościami wykonawców, prawodawca unijny uznał za bezcelowe powtarzanie procedury konkurencyjnej. Kierując się ww. regułami interpretacyjnymi, a także wskazówkami wynikającymi z orzecznictwa europejskiego, należało dojść do wniosku, że niewystarczające jest odrzucenie ofert ze względu na jakąkolwiek niezgodność z dokumentacją. Z przepisu wynika bowiem, że chodzi o ofertę istotnie i wyraźnie niespełniającą wymogów zamawiającego i niemogącą zaspokoić jego potrzeb, co prowadzi do skutku, że oferta taka jest oceniana jako niemająca związku z zamówieniem.

Izba po przeanalizowaniu uzasadnienia zwinności odrzucenia ofert wykonawców, jakiej zamawiający dokonał w pismach z dnia 30 lipca 2019 r. stwierdziła, że nie można było w tym przypadku mówić o niezgodności tego rodzaju, która prowadziłaby do wniosku, że oferty nie miały związku z zamówieniem. Jak bowiem wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia ofert, powodem ich odrzucenia były takie okoliczności jak brak wskazania modelu lub wersji oferowanych urządzeń, nieprecyzowanie wersji oferowanego rozwiązania oraz niesprecyzowanie, czy zaoferowany sprzęt posiada wymagane funkcjonalności. Powyższe miało być zaś niezgodne ze sposobem sporządzenia oferty wskazanym we wzorze formularza, który przewidywał wymóg podania modelu lub wersji oferowanego urządzenia (por. uzasadnienie czynności odrzucenia ofert w postępowaniu konkurencyjnym z 30 lipca 2019 r., załącznik nr 12 do odwołania wniesionego przez odwołującego Indra w sprawie KIO 1875/19). Zamawiający nie wykazał, że oferty złożone w przetargu nie spełniały potrzeb zamawiającego tak dalece, że nie zaspokajały jego potrzeb i w konsekwencji nie miały związku z zamówieniem.

Art. 86 ust. 1

99. Wyrok z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2130/19

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu, odpowiednio do ich złożenia lub otwarcia. Z kolei w ust. 2 ustawodawca wskazał, że otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.

Jak wynika z powyższych regulacji, ustawodawca wprowadził zakaz zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż adresatem powyższej regulacji jest wyłącznie zamawiający. Zarówno literalna, jak i celowościowa wykładnia powyższego przepisu nie pozwala na zaakceptowanie takiej interpretacji. Po pierwsze bowiem, ustawodawca nie wskazał *expressis verbis* adresata normy prawnej, zatem nieuprawniony jest pogląd, iż wyłącznie zamawiający obwarowany jest zakazem zapoznania się z treścią ofert przed upływem terminu na ich złożenie. Po drugie, skoro ustawodawca nie określił adresata normy, to przyjmując należy, że przepis ten ma zastosowanie do wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a więc zarówno do zamawiającego, jak i do wykonawców. Podmioty te realizują zakaz określony przez ustawodawcę w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp w odmienny sposób, z uwagi na odmienne znaczenie i role w procesie udzielania zamówienia publicznego. I o ile zgodzić się można z Odwołującym, że obowiązkiem zamawiającego jest zorganizowanie procesu wyłonienia wykonawcy w trybie przetargu publicznego w taki sposób, aby złożone przez wykonawców oferty nie były ujawnione

do czasu upływu terminu na składanie ofert, o tyle mylnie argumentował Odwołujący, iż wykonawca nie ma w tym zakresie żadnych obowiązków. W ocenie bowiem Izby, obowiązek Zamawiającego zapewnienia tajności złożonych ofert koreluje z obowiązkiem wykonawców złożenia swoich ofert w taki sposób, aby wykluczona była możliwość zapoznania się z ich treścią przed upływem terminu na składania ofert. Gdyby przyjąć odmienną interpretację i ograniczyć krąg adresatów normy prawnej wyrażonej w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie do zamawiającego, to realizacja obowiązku wynikającego z przywołanego przepisu przez zamawiającego byłaby niemożliwa. Wykonawca bowiem mógłby zawsze twierdzić, że nie musi szyfrować składanych dokumentów, co czyniłoby niemożliwym nieujawnianie treści ofert przed upływem terminu na ich złożenie. Tym samym cel ustawodawcy nie zostałby w żaden sposób osiągnięty. Oferty byłyby bowiem znane od momentu ich przesłania na wskazaną w SIWZ platformę internetową, a przepis art. 86 ust. 1 ustawy Pzp byłby regulacją zbędną. Tym samym w ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, że w świetle art. 86 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca składający ofertę w postępowaniu przetargowym ma obowiązek złożenia jej w taki sposób, aby inni uczestnicy postępowania nie mogli zapoznać się z jej treścią przed upływem terminu na składanie ofert. (...) W ocenie Izby brak zaszyfrowania przez Odwołującego załączników do oferty stanowił naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, to zaś skutkuje niezgodnością oferty z przepisami ustawy Pzp i stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. (...) Naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga wykazania, czy ktokolwiek zapoznał się z treścią dokumentu, czy też wykazania określonego czasookresu dostępności dokumentów. Istotne jest tylko to, że określone dokumenty były jawne i dostępne podmiotom uczestniczącym w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert, a więc istniało ryzyko zapoznania się z ich treścią.

Art. 86 ust. 2

100. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 186/20

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności weryfikacyjnych w sytuacji, gdy zamawiający nie jest w stanie otworzyć przesłanych przez wykonawców plików, mogących zawierać ofertę w postępowaniu. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowej sprawie podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia okoliczności uniemożliwiających otwarcie przesłanej przez Odwołującego oferty. Jakkolwiek Zamawiający wystąpił do administratora miniPortalu dopiero po unieważnieniu części I, III i IV zamówienia (...), to uzyskane od administratora systemu informacje potwierdziły, że oferta przekazana przez Odwołującego została błędnie, podwójnie zaszyfrowana, co skutkowało też brakiem możliwości jej odszyfrowania i odczytania.

Art. 87 ust. 1

101. Wyrok z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt KIO 1919/19

Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, w tym do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynika sposób spełniania kryteriów oceny ofert. Ustawa Pzp zabrania dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty, za wyjątkiem poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, tj. oczywi-

stych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Omyłka musi mieć charakter przypadkowy, niezamierzony (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09). W żadnym wypadku za omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy.

Wskazać bowiem należy, że wykonawca miał możliwość skorzystania ze wzoru dokumentu opracowanego przez Zamawiającego. W sytuacji gdy wykonawca decyduje się na modyfikację formularza opracowanego przez Zamawiającego, ponosi ryzyko takiego działania. Dokonana przez Odwołującego modyfikacja dokumentu przygotowanego przez Zamawiającego, jej zakres, sprawa, że brak jest możliwości stwierdzenia, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią wymagań Zamawiającego w spornym zakresie jest skutkiem przypadkowego, niezamierzonego działania. Co więcej treść oferty nie daje wskazówek, jak tę ewentualną omyłkę Zamawiający mógłby poprawić. Umożliwienie Odwołującemu zmiany złożonej oferty w zakresie zaferowanego czasu oczekiwania na wizytę u lekarza alergologa, chirurga, dermatologa i pediatry prowadziłaby do złożenia przez Odwołującego nowego oświadczenia w sposób dowolny. To z kolei stanowiłoby czynność sprzeczną z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

102. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1926/19

Wskazać należy, że obowiązek wyjaśnienia przez Zamawiającego treści oferty materializuje się wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do jej treści w sytuacji, gdy np. oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. W takich okolicznościach, w celu dochowania przez Zamawiającego należytej staranności przy czynnościach badania i oceny ofert, Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. Jest to czynność istotna, bowiem decyzja o niezgodności oferty z treścią SIWZ skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Sankcja ta stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związane w ewentualną jej wadliwość.

Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Orzeczenie to dotyczyło poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, lecz zachowało swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych.

Zamawiający w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości ma obowiązek wyjaśnić treść złożonej oferty i o ile jest to konieczne, i nie będzie prowadzić do zmiany treści oferty.

Podkreślenia wymaga, iż procedura wyjaśnienia treści oferty nie będzie miała zastosowania, jeżeli treść oferty jest jasna, przejrzysta i jednoznaczna, oraz zawiera informacje niebudzące wątpliwości Zamawiającego w zakresie jej oceny.

103. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2177/19

Z tych samych przesłanek Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie nie było sporu między stronami oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego, iż próbki, o których mowa w punkcie Rozdziale VI pkt 5 SIWZ, stanowiły treść oferty. Zamawiający żądał od wykonawców próbek w ramach

pozacenowego kryterium oceny ofert. Odwołujący złożył próbki bez wymaganych metek. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec postanowień SIWZ, takie wezwanie do uzupełnienia metek, stanowiących element próbki badanej w pozacenowym kryterium oceny ofert, byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, ponieważ próbka podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert, stanowiąc jednocześnie treść oferty, a nie podlegała ocenie w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

104. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2421/19

Podstawą oceny ofert, w tym oferty XXX, powinna być pierwotna oferta złożona przez wykonawcę. W istocie rzeczy wykonawca nie ma możliwości dokonania następczej modyfikacji treści oferty, jako że jest nią prawnie związany. Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w s.i.w.z. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w s.i.w.z. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełnienia wymagań s.i.w.z.

105. Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 71/20

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 „gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak

inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis (...) wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane”.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

106. Wyrok z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1821/19

Jak wskazuje się w orzecznictwie oczywiste omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Oczywistość tej omyłki powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Powodem tej wadliwości jest omyłka w wykonywaniu obliczeń lub w sposobie przeprowadzenia działania matematycznego (por. wyrok KIO z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt KIO 835/17). Przeszkodą dla wprowadzenia zmian w treści oferty, będących wynikiem zastosowania trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest ani liczba występujących omyłek, ani też ich znaczenie. Poprawa omyłek rachunkowych może zatem mieć istotny wpływ na wysokość zaferowanej przez wykonawcę ceny (por. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2538/18).

Art. 87 ust. 2 pkt 3

107. Wyrok z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19

Stosownie zatem do treści art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkuje jej odrzuceniem tylko wówczas, gdy treść oferty nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na podstawie cytowanego przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Zauważyć należy, że celem ustawodawcy wprowadzenia tego przepisu było uniknięcie, licznych niegdyś przypadków, odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Dopuszczono zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. Pod warunkiem, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elemen-

tów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi również, co do zasady fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie – czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Nie jest przy tym wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

108. Wyrok z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2021/19

Na wstępie oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego w tym zakresie wskazać należy, że Izba stoi na stanowisku, że zmiany w ofercie przetargowej po jej otwarciu powinny być co do zasady wykluczone z zastrzeżeniem możliwości korekty omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1–3 Pzp. Inne podejście do kwestii możliwości zmian niewątpliwie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równości wykonawców i możliwości uczciwego konkutowania. Tym samym zasadą jest niezmiennosc złożonej oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający oczekuje złożenia prawidłowo przygotowanych ofert. Wykonawcy składający ofertę powinni więc w tym zakresie zachować należytą staranność obowiązującą w profesjonalnym obrocie gospodarczym.

Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany poprawić w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Obowiązek poprawy oznacza jednocześnie, iż Zamawiający nie może a priori wyłączyć w SIWZ możliwości dokonywania jakichkolwiek poprawek, a działania określone w art. 87 ust. 2 Zamawiający podejmuje z mocy ustawy, nawet jeżeli wykonawca nie złoży wniosku w tym zakresie. Badając, czy zachodzą przesłanki do poprawienia omyłki, zamawiający zawsze musi brać pod uwagę charakter nieprawidłowości: jak wynika z samego pojęcia „omyłka” – musi mieć ona charakter niezamierzony. W sytuacji gdy wykonawca przyznaje, iż nieprawidłowość zawarta w ofercie jest wynikiem jego świadomej decyzji, wyłączone jest uznanie takiej nieprawidłowości za omyłkę, a konsekwencją czegoś takiego jest podstawa do jej poprawienia. Istotnym jest także ustalenie konsekwencji dokonanej zmiany, czy dokonana poprawa doprowadza do istotnej zmiany oferty. Żaden przepis ustawy nie wskazuje, kiedy należy uznać, iż dokonana poprawa omyłek wprowadza do oferty istotną zmianę. Ten element jest kwestią oceny dokonanych zmian w ofercie, przez pryzmat skutków jakie niesie ze sobą dokonana zmiana w ramach danej oferty. Jednakże najpierw badana jest dopuszczalność poprawy, a w drugiej kolejności wpływ ewentualnej poprawy na treść oferty. (..)

109. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2218/19

O innej omyłce można by było mówić w sytuacji, gdy na rynku istniałby tylko jeden model urządzenia o określonych oznaczeniach, a błąd dotyczyłby np. podania niewłaściwej cyfry czy litery tego oznaczenia. Charakteru takiego nie ma natomiast błędne przywołanie modelu urządzenia, który występuje na rynku i znajduje się w ofercie handlowej, aczkolwiek nie spełnia wymagań Zamawiającego. Jest to niewątpliwie nieprawidłowość oferty, niemniej niemająca postaci innej omyłki, ponieważ jej poprawa polegałaby na wymianie jednego urządzenia na inne. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy byli zobowiązani określić nazwę urządzenia, producenta, typ ewentualnie model oraz podstawowe parametry, które umożliwiają weryfikację, czy spełnia ono wymagania SIWZ. Odwołujący zastosował się do powyższego wymagania, jednak podał model, który warunków SIWZ nie spełnia.

110. Wyrok z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2422/19

Jeżeli natomiast chodzi o dodatkowo wprowadzoną pozycję 1.4.3.3, to w ocenie Izby, jest to sytuacja, która wymaga zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest sporne, że jest to dodatkowa pozycja. Zamawiający już w wystąpieniu o wyjaśnienia prosił o podanie, dlaczego wykonawca w swojej ofercie ujął pozycję dodatkową niewystępującą w jego przedmiarze. W odpowiedzi otrzymał stanowisko Odwołującego „Pozycja została dodana omyłkowo do kosztorysu”.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że jej dodanie powoduje niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże zgodnie z brzmieniem tego przepisu, gdzie występuje odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3, przed odrzuceniem oferty, Zamawiający winien przeanalizować, czy istnieje podstawa do jej poprawy na podstawie tego przepisu. Dopiero po ustaleniu, iż nie zachodzą okoliczności zobowiązujące go do dokonania poprawy oferty, jest możliwe odrzucenie oferty, jeżeli nie odpowiada ona treści SIWZ. Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził ww. analizę. Z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że decyzja ta została podjęta z uwagi na to, że Wykonawca wbrew zakazowi określone w SIWZ, dodał jedną, ww. pozycję w kosztorysie ofertowym.

Tymczasem w ocenie Izby wynik takiej analizy, jeżeli byłaby przeprowadzona, powinien doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że istnieje obowiązek poprawy oferty Odwołującego w związku z wprowadzeniem przedmiotowej dodatkowej pozycji w kosztorysie ofertowym, bowiem występują wszystkie elementy, które za tym przemawiają. Po pierwsze, należy uznać, że jest: to omyłka. Trudno bowiem przyjąć, że było świadomym działaniem Wykonawcy wykonanie dodatkowej sieci, która nie była wymagana w SIWZ, co rzutuje na cenę oferty, przez co staje się ona mniej konkurencyjna. W związku z tym twierdzenie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach złożonych na wystąpienie Zamawiającego, że jest to omyłka, należy uznać za wiarygodne. Po drugie, jest to sprzeczność z treścią SIWZ, tj. z merytorycznym opisem przedmiotu zamówienia, skutkująca zwiększeniem tego zakresu w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego. Po trzecie, jej poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem jak wyżej zaznaczono jest to pozycja dodatkowa, niewymagana w SIWZ, dotycząca dodatkowego, niewymaganego w SIWZ wykonania odcinka sieci. Ponadto, jak wynika z odwołania, jej wartość wynosząca 17 687,51 zł w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia stanowi wielkość ok. 1 promila wartości oferty, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego. Zakres omyłki w tej pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do całego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia ma zatem znaczenie marginalne.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Zamawiający winien dokonać poprawy tej omyłki poprzez wykreślenie pozycji 1.4.3.3, tym bardziej, że już w wystąpieniu do Odwołującego o wyjaśnienia dał wyraz, iż traktuje tę pozycję jako dodatkową.

111. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 248/20

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie może być wykorzystywany w taki sposób, którego efektem byłaby zmiana oświadczenia zawartego w ofercie o powierzeniu podwykonawcom wykonania całości wykonania podbudów na wykonanie w części. Byłaby to zmiana treści oferty, która nie jest dopuszczalna na gruncie obowiązującego prawa: Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych uprawnia Zamawiającego do poprawienia w ofercie jedynie omyłek, a w ocenie Izby brak określenia w treści oferty, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie podbudów jedynie w części, nie może być uznany za oczywistą omyłkę, jeżeli Zamawiający zastrzegł, że część podbudów musi być przedmiotem osobistego świadczenia wykonawcy.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

112. Wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2366/19

Stąd w orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że:

- zamawiający posługując się narzędziem do walidacji podpisu elektronicznego pochodzącego od kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do dokonywania walidacji takich podpisów jest w stanie zweryfikować, czy złożony podpis jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie czy też nie (wyrok z 13 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1479/19);
- stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy pzp powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego (wyrok z 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 137/19);
- za kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność (wyrok z dnia 20 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 208/19).

Izba w tej sprawie podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że w świetle przywołanych powyżej unormowań dla uznania, że pełnomocnictwo przesłane wraz z ofertą zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jako tzw. osoba ufająca powinien on mieć możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, gdyż zapewnia to prawidłowy wynik procesu walidacji, umożliwiając wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Jednocześnie negatywny wynik takiej weryfikacji złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa prowadzi do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy, co rodzi skutek w postaci uznania tego pełnomocnictwa za nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem niespełniające wymogu art. 781 § 1 kc.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

113. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1835/19, KIO 1849/19

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego, w myśl której spełnienie pierwszego wymogu, tj. podanie parametrów technicznych, prowadziło do spełnienia drugiego wymogu, gdyż pozwalało zamawiającemu ustalić, jaki model serwerów, certyfikatu czy karty jest oferowany i jaki podmiot jest producentem czytnika kart.

Po pierwsze, należy wyraźnie podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego domyślanie się, co wykonawca oferuje. Jeżeli w siwz zawarte było żądanie podania określonych informacji identyfikujących przedmiot zamówienia, to obowiązkiem wykonawcy było wskazać te informacje w ofercie. Brak ich wskazania nie może skutkować przerzuceniem na zamawiającego odpowiedzialności za ustalenie, co wykonawca oferuje. W myśl postanowień siwz obowiązującej w niniejszym postępowaniu, to na wykonawcy ciążył obowiązek jednoznacznego określenia oferowanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie pełnej nazwy producenta oraz nazwy, typu i modelu urządzenia.

Po drugie, należy zauważyć, że jak wynika z dowodów przedstawionych na rozprawie, na podstawie zawartych w ofercie odwołującego parametrów i określeń nie jest możliwe ustalenie zwłaszcza modelu urządzeń, gdyż pod wskazanymi w ofercie nazwami występuje co najmniej kilka modeli.

Jak wskazano już wyżej, zamawiający nie jest zobligowany, ani nawet uprawniony, do samodzielnego ustalania, zwłaszcza na podstawie informacji niezawartych w ofercie, co konkretnie wykonawca oferuje.

Po trzecie, nie można zgodzić się z wyrażoną przez odwołującego na rozprawie sugestią, że wymóg podania producenta oraz nazwy, typu i modelu urządzenia to jedynie formalizm, który nie powinien przewyższać treści merytorycznej oferty. Przede wszystkim należy stwierdzić, że powyższe dane wymagane przez zamawiającego stanowią merytoryczną treść oferty, gdyż identyfikują oferowany sprzęt. Formalizmem natomiast byłoby uznanie przez zamawiającego, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż np. model urządzenia został w niej podany w innym miejscu niż wynikałoby to z formularzy przygotowanych przez zamawiającego albo został podany poprzez wskazanie numeru 868703-B21 zamiast 8SFF (jak ustalono na rozprawie oba te oznaczenia w wystarczającym stopniu identyfikują konkretny serwer).

114. Wyrok z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19

Konsorcjum XXX nie wyceniło dwóch pozycji w kosztorysie wentylacji mechanicznej, wpisując w tych pozycjach „0”. Rozpoznając przedmiotową sprawę, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przewidziane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty skutkuje tym, że oferta ta zostanie wyeliminowana z postępowania co przekreśla szansę wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienne w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana lub wyinterpretowana z jej postanowień lub wnioskowana na podstawie udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zawarł w Rozdziale XIII rygorystyczne wymogi co do sporządzenia kosztorysów, stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. W zakresie, w jakim zapisy SIWZ odnoszą się do kwestii sporządzenia kosztorysów szczegółowych wskazał, że brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji, jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego, skutkować będzie odrzuceniem oferty (z zastrzeżeniem zapisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (ust. 7)).

Jak ustalił skład orzekający, Konsorcjum sporządzając kosztorys ofertowy dla branży instalacyjnej – wentylacja mechaniczna, w kolumnie „opis i wyliczenia”, zawarł opis pozycji (zgodnie z przedmiarem robót), wpisał: „obmiar = 1,000 szt.”, zaś w kolumnach koszt jednostkowy, R,M,S wartość 0 zł. Należy zatem zauważyć, że pozycje te nie zostały pominięte przez wykonawcę, opis pozycji był zgodny z przekazanym przez zamawiającego przedmiarem robót, ilości robót również odpowiadają ilościom określonym w dokumentacji przetargowej, jedynie wartość tych robót została skalkulowana na kwotę 0,00 zł.

Na temat wskazywania kwoty 0 zł w kosztorysie ofertowym jako ceny jednostkowej wypowiedziała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu z 21 sierpnia 2013 r. sygn. akt 1902/13 stwierdziła, za Sądem Okręgowym w Kielcach (wyrok z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08): „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ, nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 259/19), stwierdzając między innymi, że: „Nie można także zgodzić się z odwołującym, że wpisanie ceny 0 zł świadczy o braku wycenienia danej pozycji. 0 zł też jest rodzajem wyceny i – jak wskazano powyżej – wycena taka nie została zakazana przez zamawiającego”.

Tym samym przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy, należy zauważyć, że w treści SIWZ zamawiający nie zakazał wyceny pozycji na kwotę 0 zł czy też nie zawarł informacji, że dokonując wyceny należy stosować wyłącznie ceny dodatnie, nie ustanowił także sankcji, w postaci odrzucenia oferty w przypadku, gdy wycena danej pozycji będzie 0 zł. Zakaz modyfikacji w kosztorysie ofertowym dotyczył jedynie zmiany opisu i ilości zawartej w przedmiarze robót, a elementów tych przystępujący Konsorcjum XXX nie zmodyfikował. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że oferta ta z powodu wpisania w dwóch pozycjach kosztorysu ceny 0 zł jest niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ.

115. Wyrok z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1929/19

Podkreślić należy, że to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzeniem ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, np. nazwy, modelu, producenta, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności (por. m.in. wyrok KIO z 26 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 672/19). (...) W tym stanie rzeczy nie budziło wątpliwości Izby, iż brak wskazania przez Odwołującego w formularzu ofertowym urzędnika/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków z podaniem nazwy, producenta oraz modelu, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a konkretniej z wymaganiami Zamawiającego wynikającym z punktu 5 formularza ofertowego. Niezgodności oferty z treścią SIWZ – wbrew stanowisku Odwołującego – nie można sprowadzać wyłącznie do płaszczyzny związanej z oceną parametrów oferowanego produktu. Niezgodność taką stanowić może także nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym przypadku. (...) Odwołujący błędnie wskazuje, że podanie modelu i producenta urządzenia nie jest i nie może być traktowane jako potwierdzenie zakresu zobowiązania będącego przedmiotem oferty. W istocie jest wręcz przeciwnie – to właśnie wskazanie urządzenia (jego nazwy), modelu oraz producenta konkretyzuje zakres świadczenia wykonawcy, które ma zostać dostarczone Zamawiającemu w rezultacie udzielenia zamówienia. Badanie dokumentów przedmiotowych przez Zamawiającego ma na celu jedynie potwierdzenie, że zidentyfikowany w ofercie, konkretnie

wskazany produkt spełnia wymagania wynikające z treści SIWZ. Nie jest tak, jak wskazuje Odwołujący, że dopiero na tym etapie Zamawiający może poznać, jakie urządzenie jest przedmiotem oferty. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga zidentyfikowania urządzenia w ofercie, czyli do upływu terminu składania ofert.

116. Wyrok z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2084/19

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Czynność odrzucenia oferty na podstawie powołanego przepisu powinna zatem każdorazowo mieć oparcie w wymaganiach zamawiającego opisanych w SIWZ. Dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań co do jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które nie zostały w SIWZ zapisane, nie wynikają z brzmienia SIWZ, lecz jedynie hipotetycznie mogłyby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodne nie tylko z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp – przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. SIWZ, jako oświadczenie zamawiającego, zawierające w sobie elementy oświadczenia woli i elementy oświadczenia wiedzy, podlega bowiem wykładni, jednak rezultatem tej wykładni nie może być uzupełnienie treści SIWZ o wymagania, które nie zostały w niej zapisane, a są jedynie domniemywane. Wykładni, w tym również uwzględniającej kontekst sytuacyjny oraz dokonywanej z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, podlega bowiem wyłącznie treść danego oświadczenia.

117. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2177/19

Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia występują wewnętrzne sprzeczności, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert na niekorzyść wykonawcy. Niemniej w ocenie Izby ww. niespójności zostały rozwiane wobec udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 8 w dniu 10 października 2019 r., gdzie wprost wskazano, że Zamawiający nie dopuszcza złożenia próbek bez doczepionych metek zawierających: skład surowcowy, nazwy włókien oraz sposób konserwacji.

Ww. wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SIWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego, jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Biorąc powyższe pod uwagę, nie podzielono stanowiska Odwołującego, który zdawał się nie dostrzegać faktu udzielenia takiej odpowiedzi przez Zamawiającego w toku postępowania.

118. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2226/19

W rozpoznawanej sprawie należy zgodzić się z Odwołującym, że wskazanie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. Stanowisko takie, potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wynika przede wszystkim z faktu, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają dokonywanie zmian w tym zakresie. Nie oznacza to jednak, że taki sam charakter należy przypisać

wszelkim oświadczeniom wykonawcy tylko z tego powodu, że zostały one zamieszczone w dokumencie obejmującym wykaz podwykonawców. W ocenie Izby nie sposób twierdzić, że oświadczenie odnoszące się do istotnego aspektu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co do którego Zamawiający określił swoje bezwzględne wymagania, ma charakter informacyjny, dlatego że przedstawiono je w załączniku zawierającym nazwy podwykonawców. Należy więc stwierdzić, że niezależnie od tytułu załącznika nr 13 inny charakter miał sam wykaz nazw podwykonawców, a inna informacja o dostępnym sposobie umawiania wizyt. Druga z tych informacji określała sposób realizacji zamówienia, stanowiła zatem treść oferty i nie ulega wątpliwości, że była to treść nieodpowiadająca wymaganiu z punktu 1 OPZ.

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, że o zgodności z SIWZ nie może świadczyć ogólne zapewnienie o zgodności oferty z treścią SIWZ, zawarte w punkcie 6 formularza oferty. Takie ogólne oświadczenie nie może prowadzić do uznania za niebyte szczegółowych oświadczeń odnoszących się do poszczególnych merytorycznych aspektów oferty. Nie można z niego wywodzić zgodności oferty z treścią SIWZ w sytuacji, gdy oświadczenie konkretyzujące sposób realizacji zamówienia jest z tą treścią niezgodne. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do tego, że w zasadzie w żadnej sytuacji niemożliwe byłoby stwierdzenie niezgodności treści oferty z SIWZ, niezależnie od szczegółowych oświadczeń i dokumentów, gdyż ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia standardowo zamieszczane jest w ofercie w każdym postępowaniu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący złożył oświadczenie, które stanowiło treść oferty i było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

119. Wyrok z dnia 9 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2382/19

Słusznie wskazał Odwołujący, że przepisy ustawy Pzp nie stawiają wymogów co do podpisania każdej strony oferty czy oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie delegacji ustawowej zwartej w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy kodeksu cywilnego nie precyzują w jakim miejscu należy złożyć podpis w celu skutecznego złożenia oświadczenia woli. Jak wskazał Sąd Najwyższy (...) w świetle art. 78 § 1 sama objętość „dokumentu” nie może mieć znaczenia. Może on składać się z kilku części (kilku stron) o różnej szacie redakcyjnej. Istotna jest przy tym sama relacja takiego dokumentu do umieszczonego w nim oświadczenia woli. Można mówić o tzw. dokumencie zintegrowanym, jeżeli składa się on z kilku części (kilku stron), lecz zawiera to samo oświadczenie woli pochodzące od określonego podmiotu. Rzecz jasna, o takiej integracji nie przesądzają jeszcze elementy natury technicznej (np. sposób fizycznego połączenia części dokumentu), lecz czynnik natury merytorycznej, tj. sama treść dokumentu wyrażająca objęte nim oświadczenie woli i wskazująca na sposób powiązania poszczególnych części dokumentu jako całości. Integralny pod względem treści oświadczenia woli dokument może być podpisany wówczas jako całość i podpis na takim dokumencie (pod treścią złożonego oświadczenia woli) może oznaczać zachowanie formy pisemnej tego oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 § 1 KC.” (wyr. SN z 20.01.2012 r., I CSK 373/11, OSNC – Zb. dodatkowy 2.013, Nr B, poz. 34).

Nie ma w ocenie Izby żadnych wątpliwości, że złożenie przez Odwołującego podpisu wyłącznie na drugiej stronie zakwestionowanych oświadczeń nie może skutkować uznaniem, iż oświadczenie woli wykonawcy zostały złożone w sposób nieskuteczny czy niepoprawny. O skuteczności oświadczenia woli nie może decydować sposób edytowania tekstu czy układ graficzny złożenia podpisu. Nie ulega wątpliwości, że zarówno pierwsza, jak i druga strona oświadczeń stanowią nierozdzielalną merytorycznie treść dokumentu i zamieszczenie podpisu

na drugiej stronie odnosi się do całości oświadczeń. Podkreślić należy również, że wobec braku w przepisach ustawy Pzp wymogu podpisania każdej strony oferty, dla zachowania formy pisemnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie w taki sposób, aby wynikało kto podpisał dany dokument oraz że wolą osoby składającej ten podpis jest objęcie całości oświadczenia woli złożonego w tym dokumencie. Tym samym zasadnie wskazał Odwołujący, że złożenie podpisów na drugich stronach oświadczeń (oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania, a także dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu), jest wystarczające do stwierdzenia zachowania formy pisemnej. Podpisy zostały złożone w miejscach wyznaczonych przez Zamawiającego we wzorach – tj. pod tekstem oświadczenia. Fakt, że miejsca te, po wypełnieniu części formularza przeznaczanej na dane firmy, znalazły się na kolejnej stronie dokumentu (w praktyce – na odwrocie kartki zawierającej oświadczenie), nie może dyskwalifikować oferty Odwołującego.

W ocenie Izby niezgodność oferty Odwołującego ze SIWZ na jaką powołał się Zamawiający ma wymiar wyłącznie formalny, niemający żadnego przełożenia na aspekt merytoryczny oferty Odwołującego.

120. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2409/19

(...) Nie jest rolą Zamawiającego domyślać się, który model szafki, wymieniony w certyfikacie dla kilku typów, będzie spełniał wymagania podane w SIWZ. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek takiego skonstruowania przedmiotu oferty, by odpowiadał on wymaganiom SIWZ. Podany w wyjaśnieniach model OT65 parametrów szafki z SIWZ nie spełnia. Być może spełnia te wymogi model OT66, ale ten nie został w podstawowych dokumentach przez Przystępującego wskazany. Nie można w ocenie składu rozbieżności między podaniem konkretnego modelu a podaniem wymiarów dla innego modelu tłumaczyć omyłką Wykonawcy. Zwłaszcza, że Zamawiający jakichkolwiek wyjaśnień od Przystępującego XXX nie uzyskał, a decyzję taką podjęto arbitralnie. Co więcej w wielu miejscach dokumentów przedmiotowych złożonych na pierwsze wezwanie Wykonawca posługuje się różnym zakresem parametrów, a sprecyzowanie przedmiotu oferowanego Zamawiającemu w odniesieniu do parametrów szafki następuje de facto dopiero w złożonych wyjaśnieniach. Inne wartości podano w Wykazie elementów, inne na rysunkach technicznych, inne w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby doszło tym samym do zmiany treści oferty na etapie wyjaśnień, co zgodnie z przepisami, a także ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, jest sytuacją niedopuszczalną. Z pierwotnej treści złożonych dokumentów nie można wywnioskować, czy wymogi SIWZ co do parametrów szafki zostały spełnione.

121. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że fakt, iż zamawiający nie udostępnił wykonawcom ujednoliconej wersji przedmiaru robót (z pozycją 4.2.2 A) nie stanowi dla wykonawcy usprawiedliwienia dla zaferowania przedmiotu zamówienia „bez pozycji 4.2.2 A”. Po pierwsze dlatego, że nie udostępniając ujednoliconej wersji przedmiaru robót zamawiający nie uchybił żadnemu przepisowi ustawy Pzp, po wtóre dlatego, że modyfikacja SIWZ, polegająca na wprowadzeniu dodatkowej pozycji była jasna i jednoznaczna i nie powinna stanowić dla profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakiegokolwiek trudności w sporządzeniu kosztorysu ofertowego w zgodzie z SIWZ, w tym z jej modyfikacją.

122. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2476/19

Treść tej oferty w zakresie kamery typu 6 nie spełniała wymagania zamawiającego dotyczącego parametru przetwornika obrazu. Treść oferty odwołującego nie daje żadnej podstawy

do twierdzenia, że zamiarem odwołującego było zaoferowanie zamawiającemu kamery już istniejącej, jednak nie posiadającej jeszcze oznaczenia handlowego nadanego przez producenta. Jeśliby tak było, odwołujący powinien stosowną informację podać w treści oferty oraz poprzeć ją oświadczeniem producenta, które – jak twierdził – posiadał przed terminem składania ofert. Tego jednak nie uczynił, lecz wskazał w swojej ofercie kamerę niespełniającą wymagań zamawiającego, którą następnie zastąpił innym urządzeniem, które wymagania te spełnia. Działanie takie zamawiający słusznie uznał za zmianę treści oferty przez odwołującego i dokonując czynności jej odrzucenia, nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, podlega bowiem obligatoryjnemu odrzuceniu.

123. Wyrok z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2520/19

Izba zważyła, że wobec braku podania przez Zamawiającego w SIWZ definicji próbki nagrania lub wyjaśnienia w treści SIWZ metodologii, w jaki sposób należało rozumieć próbkę nagrania, należy uznać, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do zakresu nagrania objętego daną próbką. W świetle postanowień SIWZ przywołanych powyżej, uprawnione było rozumienie pojęcia próbki zarówno jako pojedynczego nagrania, tj. w postaci pojedynczego pliku, jak również w postaci kilku plików składających się na jedno nagranie, z zachowaniem ciągłości czasowej, a także w postaci kilku plików składających się na jedno nagranie, bez zachowania ciągłości czasowej. Istotne było to, aby niezależnie od formy technicznej złożonych przez wykonawcę próbek, spełniały one wymogi SIWZ co do zakresu zjawisk i warunków drogowych objętych nagraniem. Wykonawca mógł sam zdecydować, w jakiej formie i w jaki sposób sformułuje próbki nagrań, przedstawiające wymagane przez Zamawiającego zjawiska i warunki.

Zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby na etapie oceny ofert określać sposób/metodologię oceny ofert (w tym przypadku – próbek nagrań), jeśli wytyczne takie nie zostały jednoznacznie sformułowane w treści SIWZ. Przyjęcie tezy przeciwnej skutkowałoby bowiem wprost naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Izby od lat utrwalony jest pogląd, że wszelkie wątpliwości dotyczące sposobu oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z braku precyzji treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, który nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów Zamawiającego w sformułowaniu SIWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że nieogrupowanie przez wykonawcę przesłanych Zamawiającemu nagrań w próbki obciąża wykonawcę, i w takim przypadku Zamawiający jest uprawniony samodzielnie dokonać takiego pogrupowania. W ocenie Izby, Zamawiający w przypadku wątpliwości dysponuje odpowiednim narzędziem – procedurą wyjaśnień, zatem powinien był uzyskać niezbędne informacje w powyższym zakresie od wykonawcy. Wobec przedłożonego przez Odwołującego Zamawiającemu wyjaśnienia z dnia 4 grudnia 2019 r. dotyczącego pogrupowania nagrań w ramach 4 próbek, Izba nie nakazywała Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, uznając, że kwestia ta została już wyjaśniona przez ww. wykonawcę.

124. Wyrok z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 102/20, KIO 107/20

W konsekwencji interpretacja odwołującego XXX, że przystępujący YYY w ofercie miał obowiązek podać modele/typy wszystkich urządzeń do zasilania, jakie oferuje w celu wykazania spełniania wymagań WZTT, nie znajduje oparcia w treści siwz. Jest to oczekiwanie odwołującego w oparciu o własne przekonanie, co do minimalnej treści składanych ofert. Jednakże niezgodność treści oferty z treścią siwz zachodzi jedynie wtedy, gdy można ustalić literalne brzmienie siwz pozwalające na jednoznaczną rekonstrukcję treści siwz i przy tak

ustalonym wzorcu, treść oferty jest z nim niezgodna, lub temu wzorcowi nie odpowiada. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Przystępujący YYY podał minimalny wymagany od niego zakres treści oferty i oświadczył, że spełnia wymaganie 5.12.2 WZTT, co było oczekiwane przez zamawiającego. W konsekwencji treść oferty jest zgodna z treścią siwz, a zarzut należało oddalić.

125. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20

Jak podnosi się konsekwentnie w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, musi być zatem możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1402/17).

Art. 89 ust. 1 pkt 3

126. Wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2682/19

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5–17 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 uznk. Funkcja korygująca polega

na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie – kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1. (por. wyrok w sprawach połączonych z dnia 21 kwietnia 2017 r. KIO 679/17, KIO 680/17).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, gdzie niewątpliwie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk, w ocenie Izby Odwoławczej dokonując obliczenia ceny (szczegółowo wyjaśnionego w utajnionych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny), z pominięciem zasad jej kalkulacji i sposobu rozliczenia wynagrodzenia opisanych w SIWZ, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, poprzez własną inżynierię finansową w zakresie konstrukcji sposobu rozliczenia zamówienia, chciał otrzymać wynagrodzenie w sposób niezgodny z zasadami ustalonymi w tym zakresie przez Zamawiającego w treści SIWZ. Poprzez swobodną i jednostronną interpretację zapisów SIWZ dopuścił się w niniejszym postępowaniu do tzw. manipulacji ceną, poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja taka z kolei znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałyby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy. Powyższe świadczy o działaniu Odwołującego sprzecznie z dobrymi obyczajami.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r. Sygn. akt XII Ga 739/17 orzekł: „KIO prawidłowo w konsekwencji uznała, iż skarżący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które narusza interes innego przedsiębiorcy, polegającego na manipulacji ceną, która stanowiła element kryterium oceny ofert w postępowaniu. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów, a tym samym tacy przedsiębiorcy, nie mogą realnie konkurować z wykonawcą (skarżącym)”.

127. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20

Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przywołując w uzasadnieniu art. 15 ust. 1 u.z.n.k., który 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 działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 176/17).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby Odwoławczej spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu nie sprostał. Przede wszystkim należy

wskazać na niejednoznaczność argumentacji Odwołującego – z jednej strony wskazuje on bowiem na zaferowanie przez Przystępującego ceny poniżej kosztów własnych, z drugiej strony twierdzi, że powyższe wynikało z nieuwzględnienia w kalkulacji wszystkich kosztów materiałów niezbędnych do realizacji prac wskazanych w poz. 157d.14.2, tudzież z dokonania zmiany materiałów czy rozwiązań technicznych, prowadzącego do manipulacji poziomem cen jednostkowych. Powyższe twierdzenia nie są spójne, czym innym bowiem jest świadome zaniżenie cen względem rzeczywistych kosztów, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie Przystępującego straty, a czym innym jest brak uwzględnienia w cenie wszystkich elementów kosztotwórczych, czy też dokonanie wyceny innych niż wymagane rozwiązań, niewskazujące na dumpingowy charakter ceny. W ocenie Izby Odwołujący oparł swój zarzut na niewiarygodnych hipotezach co do różnych, możliwych do zaistnienia przypadków, nie konkretyzując w czym dokładnie jego zdaniem przejawia się naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez Przystępującego, co uniemożliwiało uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Ponadto należy zauważyć, iż art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wymaga, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

128. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2315/19

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 Pzp, tj. rażąco niskiej ceny złożonej przez odwołującego ofert na ww. sektory, a złożone wyjaśnienia kalkulacji ceny potwierdziły nieprawidłowość – zaniżenie jej wartości poniżej progu opłacalności jej realizacji. Zamawiający nie zarzucił jednakże odwołującemu nieprawidłowości skalkulowania ceny oferty poprzez nieujęcie kosztów wskazanych w OPZ, a więc niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przy ustalaniu podstawy do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny niezbędne jest dokonanie ustaleń, czy za tak zaferowaną cenę ten konkretny wykonawca będzie w stanie zamówienie wykonać, czyli czy poniesione koszty zostaną zrównoważone przychodem od zamawiającego. Izba w tym zakresie nie akceptuje stanowiska przystępującego, który w złożonym piśmie procesowym podał, iż cena oferty odwołującego jest rażąco niska, gdyż wykonawca ten nie będzie w stanie osiągnąć na realizacji tego zamówienia zysku. Kwestia możliwości uzyskania zysku jest irrelevantna dla uznania ceny oferty za rażąco niską. Ważnym jest, aby koszt wykonania zamówienia znalazł pokrycie w wyliczonej cenie jego wykonania.

Co do możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecznictwem KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. (...) Podkreślić należy, że aby zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy, winien w sposób bezsporny i niewątpliwy ustalić, iż jest w stanie wykazać zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty. Wskazać należy, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaferowana cena nie jest rażąco niska, a na zamawiającym w przypadku odrzucenia oferty z tego powodu spoczywa ciężar wykazania, iż w sposób pewny zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty, a z wyjaśnień wykonawcy wynika potwierdzenie, że cena oferty jest nierealna, nierynkowa i tym samym rażąco niską.

Art. 89 ust. 1 pkt 5**129. Wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2113/19, KIO 2123/19**

Izba stwierdziła, że prezentowane przez XXX stanowisko godziłoby w stabilność systemu prawa podatkowego. Wskazać bowiem należy, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku o sygn. C-251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kliku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie: „szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji”.

Także Naczelny Sąd Administracyjny niejednokrotnie podkreślał wagę zasady rozdzielności świadczeń, w szczególności w stanach faktycznych dotyczących dostawy wyrobu medycznego i adaptacji pomieszczeń: „Dostawa sprzętu medycznego w postaci i wykonanie wskazanych przez podatnika prac przystosowujących pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane, jeżeli dostawca sprzętu nie wykazał, że dostawa i świadczone usługi są tak wzajemnie powiązane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny prowadząc do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT, nawet jeśli każde z tych świadczeń zachowuje swoją użyteczność z punktu widzenia potrzeb szpitala, jako przeciętnego konsumenta. Nie oznacza to bowiem, że świadczenia te pozostają ze sobą nierozzerwalnie związane ekonomicznie. (...) Łącząc poszczególne dostawy czy świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy” (wyrok NSA z dnia 1 czerwca 2011 r. o sygn. I FSK 869/10, podobnie wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2011 r., podobnie NSA w wyroku z dnia 30 października 2014 r. o sygn. akt I FSK 1578/13). Taki pogląd nie zasługuje także na aprobatę ze względu na wskazywaną przez Odwołującego zasadę dotyczącą konieczności ścisłego interpretowania wyjątków od zasady, celu w postaci harmonizacji przepisów podatkowych na terenie UE oraz ochrony zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto wskazać należy, że jednym z najistotniejszych argumentów przemawiających za koniecznością odrębnego traktowania świadczenia głównego w postaci tomografu komputerowego oraz usługi szkoleniowej jest okoliczność, że usługa szkoleniowa nie jest elementem niezbędnym do zrealizowania dostawy, lecz elementem niezbędnym do użytkowania zamówionego sprzętu. Powyższe stanowi zasadniczy powód dla uznania, że dostawa może być czynnością całkowicie samodzielną i dla jej realizacji nie jest konieczne przeprowadzenie szkoleń.

130. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2341/19

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że nie jest on zobowiązany do badania cen ofertowych pod kątem poprawności stawki podatku VAT przyjętej w zakresie prac związanych z zagospodarowaniem zieleni, co wynika ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego oraz braku podjęcia czynności polegających

na wyjaśnieniu kwestii wysokości stawki podatku przyjętej w złożonych ofertach. W ocenie Izby, Zamawiający naruszył w powyższym zakresie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt. III CZP 52/11) „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątplenia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert”. W dalszej części ww. uchwały Sąd Najwyższy stwierdził, że „Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaofertowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że kwestia prawidłowości przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ma istotne znaczenie z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty oraz możliwości badania ofert Zamawiający jest zobowiązany zatem do wyjaśnienia przyjętych stawek VAT przez wykonawców i oceny poprawności tej stawki. Nie jest możliwe prawidłowe porównanie ofert, jeśli ceny w ofertach zostały wyliczone w różny sposób, a zatem wadliwa jest czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślić też należy, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, co ma miejsce w prowadzonym postępowaniu, to na wykonawcy spoczywa obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualne przepisy, a następnie dokonania wyceny przyjętych do wyliczenia ceny oferty składników cenotwórczych, w tym stawki podatku VAT. Przyjęcie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który powinien skutkować odrzuceniem oferty. (...) Jak wynika z orzecznictwa TSUE, tylko w pewnych okolicznościach

odrębne świadczenia można uznać za jednolitą czynność. Przykładowo w wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 *Ministero dell Economia e delle Finanze vs. Part Service Srl TSUE* stwierdził: „(...) gdy czynność obejmuje kilka świadczeń, powstaje pytanie, czy należy ją uważać za jednolitą czynność, czy też kilka odrębnych i niezależnych świadczeń, które należy oceniać oddzielnie. Kwestia ta ma szczególne znaczenie z punktu widzenia podatku VAT, w szczególności dla zastosowania stawek opodatkowania lub przepisów dotyczących zwolnień przewidzianych przez szóstą dyrektywę (zob. wyroki: z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 CPP oraz z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen i OV Bank*). W tym zakresie z art. 2 wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. ww. wyroki w sprawach CPP, pkt 29, oraz *Levob Verzekeringen i OV Bank*, pkt 20)”.

Jako kryterium odrębności często stosowane w kontekście świadczeń złożonych przyjmuje się ustalenie, czy poszczególne świadczenia mogą występować w obrocie gospodarczym niezależnie i czy mogą być wykonane przez dowolny inny podmiot. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, nie następuje świadczenie złożone, lecz kilka odrębnych świadczeń, które powinny być dla celów opodatkowania VAT traktowane niezależnie od siebie.

Zgodnie z podejściem zaprezentowanym przez Trybunał Sprawiedliwości m.in. w wyroku z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11 *Field Fisher Waterhouse*, za pomocniczą należy uznać czynność, która nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, a jej cel jest zdeterminowany przez czynność główną.

Podobnie w orzecznictwie NSA przyjmuje się, że świadczenie złożone ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze, tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia (wyrok NSA z dnia 6 maja 2015 r., I FSK 2105/13). Świadczenie złożone charakteryzuje się kompleksowością i współzależnością wielu czynności, które wykonywane w sposób skoordynowany i efektywny mają doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu. W przypadku usług o charakterze złożonym, o wysokości stawki podatku decyduje to, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą złożoną, czy też z szeregiem jednostkowych usług. Ocena tej okoliczności winna odbywać się w oparciu o to, czy dokonywane czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

131. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2379/19

Jedynie celem uzupełnienia, odnosząc się do powiązania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp (oraz innych zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania) z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca niekwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Tym samym ww. regulacja nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, jako że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania rodzi skutek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą, co następuje *ex lege*.

132. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2625/19

W przedmiotowej sprawie brak jest możliwości ustalenia, na którym etapie działania arytmetycznego Odwołującego powstała nieprawidłowość i w jaki sposób należałoby ją poprawić. Treść oferty nie pozwala na przesądzenie, który wynik matematycznego działania został określony przez Odwołującego wadliwie. Już sama konfrontacja treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z treścią odwołania pozwala stwierdzić, iż istnieje co najmniej kilka sposobów poprawienia błędów w ofercie Odwołującego. Zamawiający wskazał możliwość poprawienia ceny wskazanej w tabeli 5.4.2 oferty według określonej w SIWZ reguły obliczeniowej, a w konsekwencji poprawienie ceny całkowitej poprzez jej zwiększenie o ponad 694 tys. zł, prowadzące jednakże do niezachowania wymaganych w SIWZ limitów wysokości poszczególnych elementów składowych. Z kolei Odwołujący stał na stanowisku, że cena całkowita została wskazana prawidłowo, co oznaczałoby konieczność zmian innych – niemożliwych do ustalenia na podstawie Formularza „Oferta” – pozycji cenowych, stanowiących elementy składowe ceny całkowitej. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby błędy w ofercie Odwołującego miały charakter oczywistej omyłki rachunkowej. Ergo, stanowiły one błędy w obliczeniu ceny, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, które od oczywistych omyłek rachunkowych różnią się przede wszystkim tym, że nie mają oczywistego charakteru i nie mogą zostać poprawione. Podkreślić należy, że pojęcia błędu w obliczeniu ceny nie można ograniczać wyłącznie do sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu czy warunków realizacji. Jak słusznie wskazywał Zamawiający, z takim błędem mamy do czynienia również w przypadku, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego wykonawcy i jednoznaczne ustalenie prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tego rachunku oraz dokonanie ich korekty w trybach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. (...) Podkreślić ponownie należy, iż bazując na treści Formularza „Oferta”, Zamawiający był w stanie stwierdzić błąd w zakresie odnoszącym się do ceny, niemniej nie był w stanie ustalić w sposób jednoznaczny, na jakim etapie kalkulacji ceny przez Odwołującego błąd ten powstał ani nie posiadał żadnych informacji, w jaki sposób miałby poprawić ofertę Odwołującego. Informacje niezbędne do dokonania tej czynności Zamawiający mógłby uzyskać wyłącznie na skutek wyjaśnień Odwołującego. Oznacza to, że procedura wyjaśnień prowadziłyby do konieczności ustalenia, w którym miejscu doszło do błędu w działaniu Odwołującego oraz jakie kwoty, w jakich pozycjach tabeli należy wpisać, czyli w praktyce do wskazania przez Odwołującego cen netto dla poszczególnych zakresów zamówienia. Zmiana taka prowadziłaby do istotnej ingerencji w merytoryczną treść oferty po upływie terminu składania ofert. Opierając się na stanowisku Odwołującego, że cena całkowita została obliczona w sposób prawidłowy, aby w ogóle można byłoby poprawić ofertę Odwołującego, musiałby on w ramach wyjaśnień wskazać konkretne dane, jakimi należałoby zastąpić nieprawidłowe wartości, wartości tych nie da się bowiem obiektywnie wyliczyć na podstawie treści Formularza „Oferta”. Doszłoby zatem do zmiany treści oferty, a zmianie ulec musiałby szereg cen jednostkowych wskazanych w poszczególnych tabelach, których suma składała się na cenę całkowitą, ponieważ elementy składowe ceny były wzajemnie od siebie zależne. (...) Z kolei przedstawiony przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego potencjalny sposób poprawienia oferty poprzez przyjęcie, że błąd nastąpił w tabeli 5.4.2 i poprawienie ceny w tej pozycji na podstawie obliczeń dokonanych zgodnie z przedstawionym w ww. tabeli wzorem, prowadziłyby do tego, że zmianie uległaby cena całkowita. To powodowałoby zaś niespełnienie wymagań SIWZ w zakresie sposobu podziału przez wykonawcę oferowanej ceny całkowitej na poszczególne elementy składowe i prowadziło do powstania niezgodności oferty z treścią SIWZ (oferta nie spełniałaby wymagań w zakresie narzuconych limitów wysokości poszczególnych cen składowych). W konsekwencji zmiana treści oferty w tym przypadku prowadziłyby do inge-

rencji w ten aspekt oferty, który decyduje o spełnieniu wymagań SIWZ, co przesądza o jej istotnym charakterze. Ponadto zmiana taka nie prowadziłaby do eliminacji niezgodności oferty z treścią SIWZ jak stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz właśnie do powstania tej niezgodności. Byłaby ona również niezgodna z rzeczywistą wolą Odwołującego, czemu dał on wyraz z odwołaniem, bowiem jak wynika z zasad doświadczenia życiowego, wykonawca decydując się na udział w postępowaniu, dąży do złożenia oferty, której treść odpowiada treści SIWZ.

133. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2655/19, KIO 2656/19

Należy wskazać, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia, usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest przede wszystkim na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aczkolwiek każdorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego. Problemem świadczeń złożonych zajął się Trybunał w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd. Trybunał uznał, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. W uzasadnieniu wskazano: *„(...) pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona celu dla klienta samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”*. Trybunał odwołał się do art. 2 (1) VI Dyrektywy (obecnie zastąpiona przez Dyrektywę 2006/112/WE), wedle którego każde świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne, a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Wskazał, że jeśli dana transakcja składa się z szeregu świadczeń i czynności, należy uwzględnić wszystkie okoliczności, w jakich jest dokonywana rozpatrywana transakcja. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w wyroku w sprawie C-2/95 Sparekassernes Datacenter (SDC) czy też w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV, w sprawie C-111 /05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket.

Analiza orzecznictwa pozwala na wskazanie m.in. następujących aspektów zagadnienia świadczeń kompleksowych:

- 1) potrzeb konsumenta (nabywcy świadczenia);

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że – rozpatrując problematykę świadczeń złożonych – na daną sytuację należy spojrzeć z perspektywy nabywcy (konsumenta, odbiorcy świadczenia) i ocenić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zaspokojeniem jednej potrzeby konsumenta, czy też jest ich wiele i są one względnie niezależne od siebie. Wskazuje się zatem, że jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy

do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny oraz faktyczny cel dokonywania transakcji. Istotne jest to, czy występuje jedno świadczenie złożone z punktu widzenia ekonomicznego.

2) nie pogorszenie jakości świadczeń cząstkowych;

Świadczenie można uznać za niezależne i stanowiące odrębne przedmioty opodatkowania (a nie za świadczenia pozostające ze sobą w nierozzerwalnym związku) wówczas, gdy każde z tych świadczeń – jeśli w takich samych okolicznościach było dostarczane odrębnie – miało by taką samą jakość i charakter dla nabywcy. Natomiast jeśli dostarczenie części świadczeń jednostkowych ma sens i zachowuje swoją wartość dla nabywcy jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym, to należałoby uznać dostarczane w jednym czasie i przez tego samego dostawcę świadczenia za jedno świadczenie złożone (kompleksowe).

3) nieistotność (brak wartości) świadczeń dodatkowych;

Nierozzerwalność związku między świadczeniami przejawia się w tym, że w przypadku ich rozdzielenia część z tych świadczeń nie miałaby dla nabywcy żadnej wartości. W takiej sytuacji świadczenia dodatkowe jako takie nie zaspokajają żadnej potrzeby nabywcy. Samodzielnie nie przedstawiają one wartości. (...) Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że przedmiot zamówienia objęty zakresem Zadania nr 1 usługą złożoną, składającą się z szeregu elementów koniecznych do osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu, tj. uruchomienia i pełnego wykorzystania w swojej placówce medycznej rezonansu magnetycznego. Zakup rezonansu magnetycznego jest elementem głównym i podstawowym przedmiotu zamówienia. W Zadaniu nr 1 Zamawiający zawarł jednak szereg innych elementów składających się na przedmiot zamówienia, których realizacja ma służyć lepszemu i pełnemu wykorzystaniu świadczenia głównego. (...) Podkreślić również należy, że to nie producent urządzenia decyduje o tym, czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. Decyduje o tym przedmiot zamówienia i ocena okoliczności faktycznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Oczywiście informacje pochodzące od producentów danych urządzeń są pomocne w sklasyfikowaniu danych elementów zamówienia jako elementów świadczenia kompleksowego, nie mają jednak, w ocenie Izby, znaczenia decydującego.

134. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 215/19

(...) nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, iż będąca przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługą przewozu i przechowywania zwłok ludzkich stanowi usługę kompleksową. W konsekwencji powinna do niej znaleźć zastosowanie jedna stawka podatku VAT, w tym przypadku wynosząca 8%. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i sądów krajowych (por. orzeczenia przywołane przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku) utrwalone jest bowiem stanowisko, że usługi kompleksowe należy traktować jako całość, bez wyodrębniania poszczególnych czynności, nawet jeśli są opodatkowane różnymi stawkami VAT. Oznacza to, że świadczenie takie winno zostać opodatkowane w całości z zastosowaniem takiej stawki, jaka właściwa jest dla usługi zasadniczej.

Z dokumentacji przetargowej jednoznacznie wynika, że dostawa worków nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem służącym bezpośrednio realizacji usługi głównej. Oczywiście jest, że nie da się zabrać z miejsca zdarzenia ani przetransportować zwłok bez użycia takiego narzędzia jak worek. Cel dostawy worków jest zdeterminowany przez charakter usługi głównej. Sam Zamawiający opisując cenę jako kryterium oceny ofert, wskazał, że w cenie ujęty jest worek i inne niezbędne materiały – zdaniem wykonawcy – potrzebne do wykonania usługi. Tym samym potwierdził, że worek jest niezbędny do realizacji usługi zasadniczej. Pomiedzy dostawą worków a usługą polegającą na transporcie i przechowywaniu zwłok istnieje

zatem taki związek funkcjonalny, który w pełni uzasadnia traktowanie przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. Nie budziło to też wątpliwości Zamawiającego, gdy przygotowano wnioski o rozpoczęcie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. We wniosku tym, stanowiącym dokument wewnętrzny Zamawiającego datowanym na dzień 15.01.2019 r., wskazano tylko jedną stawkę podatku VAT, tj. 8%.

W żadnym miejscu SIWZ nie określono stawki podatku VAT, jaką należało przyjąć do obliczenia ceny. W rozdz. XII w pkt 1 Specyfikacji Zamawiający wskazał jedynie, że cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT. Stawka podatku nie została też wskazana w załącznikach do SIWZ, w szczególności w formularzu ofertowym wykonawcy i projekcie umowy.

Konsekwencją nieokreślenia stawki podatku VAT w SIWZ jest brak możliwości zastosowania przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. trybu poprawienia przez Zamawiającego omyłek występujących w ofercie. Stosownie do tego przepisu Zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Skoro Zamawiający nie podał w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, to nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu ww. przepisu, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia skargi ma odpowiedź na pytanie, czy nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym stanowi błąd w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. skutkujący koniecznością odrzucenia oferty. (...) W ocenie Sądu Okręgowego kierując się potrzebą równego traktowania wykonawców pierwszeństwo należy przypisać wykładni literalnej. Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą, czy też wyższą od prawidłowej.

Odrzucenie oferty z powodu błędów w jej obliczeniu wynika z roli ceny, jaką pełni ona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cena bowiem jest jednym z podstawowych kryteriów wyboru oferty, a zatem nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości i sposobu obliczenia (Norek Emil A., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III). Jeżeli mówić o „cenie” czy „błędach w obliczaniu ceny”, to nie sposób przyjąć cenę – skoro ma to być cena brutto – z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona.

Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. Podkreślenia wymaga, iż stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p. zamawiający jest zobowiązany do określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko takie oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ, mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Regułą jest, że formularze ofertowe zawierają żądanie adresowane do wykonawców, aby przy obliczaniu ceny podawali cenę jednostkową netto, stawkę podatku VAT, kwotę podatku, kwotę netto i brutto wartości prac dla danego zakresu przedmiotowego. Wskazanie stawki podatku VAT wraz z odpowiadającą jej kwotą podatku mieści się w pojęciu „sposób obliczenia ceny”. Nie może przy tym być tak, że podanie przez wykonawców jakichkolwiek stawek podatku VAT mieści się w prawidłowym wskazaniu sposobu obliczenia ceny. Chodzi bowiem o stawki podatku wynikające z przepisów prawa obowiązujących na dzień składania ofert (Babiarz Stefan i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III).

Art. 89 ust. 1 pkt 7b**135. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1810/19, KIO 1811/19**

Odnosząc się do zarzutów zawartych w obu odwołaniach w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że treść gwarancji wadialnej, będącej oświadczeniem woli, podlega wykładni wynikającej z obowiązujących przepisów prawa. W celu dokonania takiej wykładni analizie należy poddać całą treść gwarancji, jak też treść przepisów zawartych w ustawie Pzp, w ustawie Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 ze zm.) oraz przede wszystkim w ustawie Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.). Odnosząc się do przywołanych aktów prawnych, należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Nieprawidłowe wniesienie wadium, o którym mowa w ww. przepisie oznacza, że wadium zostało wniesione w taki sposób, który nie pozwala zatrzymać tego wadium, czyli zaspokoić się zamawiającemu w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Nieprawidłowo wniesione wadium nie zabezpiecza zatem oferty wykonawcy na wypadek zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto w ramach przywołanych aktów prawnych należy też zwrócić uwagę na art. 84 ustawy Prawo bankowe, który stanowi, że do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Odesłanie do kodeksu cywilnego nakazuje z kolei wskazać na treść art. 508 tegoż kodeksu, zgodnie z którym zobowiązanie wygasa, gdy wierzyciel zwalnia dłużnika z długu, a dłużnik zwolnienie przyjmuje. Z przepisu zatem wynika, że stroną, która może zwolnić z długu, jest wyłącznie wierzyciel.

W treści zakwestionowanych przez zamawiającego gwarancji wadialnych znajduje się postanowienie, zgodnie z którym „gwarancja powinna być zwolniona na wniosek zleceniodawcy” m.in. w przypadku jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty. Z treści gwarancji nie wynika, kto ma być adresatem takiego wniosku zleceniodawcy, czyli wykonawcy. Zgodnie z argumentacją odwołującego, wniosek, o którym mowa w gwarancji ma być kierowany do zamawiającego (beneficjenta gwarancji), natomiast zamawiający na rozprawie nie wykluczał, że adresatem może być też gwarant, czyli bank, który zwalniając gwarancję na wniosek wykonawcy pozbawiłby zamawiającego możliwości zatrzymania wadium w okolicznościach przewidzianych w ustawie Pzp. Odnosząc się do ww. argumentacji stron, Izba stwierdziła, że żadna z ww. opcji, nie wpływa na możliwość zaspokojenia się zamawiającego ze złożonych gwarancji.

Przed wszystkim należy zauważyć, że jeżeli wniosek zleceniodawcy (wykonawcy) o zwolnienie gwarancji zostanie skierowany do zamawiającego, to zamawiający nie będzie zobligowany do dokonania takiego zwolnienia. Treść gwarancji nie zawiera bowiem żadnego postanowienia, z którego by wynikał taki obowiązek. Zamawiający może zatem wniosku o zwolnienie nie uwzględniać i tym samym odmówić zwolnienia gwarancji w celu utrzymania zabezpieczenia oferty wadium i ochrony swoich interesów.

Natomiast jeżeli wniosek zleceniodawcy (wykonawcy) o zwolnienie gwarancji zostanie skierowany do banku (gwaranta), to bank nie będzie mógł takiego wniosku uwzględnić i zwolnić gwarancji. Zgodnie bowiem z przytoczonym powyżej art. 508 kodeksu cywilnego, do którego odsyła art. 84 ustawy Prawo bankowe, z długu może zwolnić jedynie wierzyciel, którym w tym wypadku jest zamawiający. Oznacza to, że bez względu na wniosek wykonawcy, bank będący w świetle art. 508 kodeksu cywilnego dłużnikiem, nie może samodzielnie zwolnić się z długu, czyli z obowiązku zapłaty wskazanej w gwarancji kwoty na rzecz zamawiającego. Tym samym ewentualny wniosek o zwolnienie gwarancji skierowany przez wykonawcę do banku, nie może skutecznie doprowadzić do uniemożliwienia zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Z powyższych ustaleń wynika, że mimo zawarcia w treści gwarancji kwestionowanego postanowienia, w rzeczywistości nie zachodzi ryzyko zaistnienia sytuacji, w której zamawiający nie będzie mógł się zaspokoić z przedłożonych przez odwołującego gwarancji. Nie ma zatem podstaw do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a co za tym idzie – nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w każdym z postępowań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

136. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1942/19

Nie było sporne między stronami, że odwołujący przed upływem terminu składania ofert – celem wykazania wniesienia wadium – przesłał zamawiającemu drogą elektroniczną wyłącznie plik o nazwie „wadium – gwarancja bankowa” w formacie .pdf.

Nie było również sporne, że jedyny plik jaki otrzymał zamawiający, tj. plik o nazwie „wadium – gwarancja bankowa” w formacie .pdf., został opatrzony wyłącznie podpisem elektronicznym opartym na kwalifikowanym certyfikacie należącym do prezesa zarządu odwołującego pana XXX. Odwołujący nie kwestionował, że ww. plik został opatrzony tylko podpisem przedstawiciela odwołującego.

Przedstawiony zamawiającemu dokument nie zawierał podpisu elektronicznego jakiegokolwiek osoby reprezentującej gwaranta to jest zakładu ubezpieczeń.

Rzeczywiście przedstawiony przez odwołującego wydruk nie zawierał zapisu, zgodnie z którym warunkiem wypłaty kwoty z gwarancji jest dysponowanie przez beneficjenta oryginałem dokumentem gwarancji. Powyższe – z uwagi dalsze okoliczności – było jednak niewystarczające, aby uznać, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Z pliku złożonego zamawiającemu w ustawowym terminie nie wynikało jednak, aby oryginał dokumentu został sporządzony w formie innej niż elektroniczna. Podkreślenia wymagało bowiem, że pod dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej nie znajdował się nawet skan jakiegokolwiek podpisu własnoręcznego, więc zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć, że oryginał dokumentu został sporządzony w formie pisemnej (art. 78 § 1 KC). Co więcej zamawiający nie miał także jakichkolwiek podstaw, aby oświadczenia wskazane w gwarancji przypisać zakładowi ubezpieczeń (art. 772 KC). Wydruk o treści jaką przesłano zamawiającemu mógł sporządzić każdy, kto dysponuje komputerem. W związku z powyższym miał rację zamawiający, gdy w odpowiedzi wskazał, że prezes zarządu odwołującego co najwyżej poświadczył za zgodność jakis projekt dokumentu gwarancji wadialnej.

137. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2418/19

Mając powyższe na uwadze Izba przeanalizowała treść spornej gwarancji ubezpieczeniowej nie stwierdzając, aby w jej treści znalazły się zastrzeżenia, że o skuteczności domagania się przez Zamawiającego zapłaty kwoty wadium przesądzać miało dysponowanie przez Zamawiającego oryginałem gwarancji, czy że gwarancja wygasa z chwilą zwrotu oryginału gwarantowi, do czego w istocie referował przywoływany przez Zamawiającego wyrok w sprawie KIO 2426/18. Obostrzeń takich próżno również szukać w treści OW stanowiących dowód O3, a ich brak zgodnie potwierdza treść dowodów O1 i O2.

Dodatkowo skład orzekający zwraca uwagę, że przesądzenie o skuteczności zabezpieczenia oferty wadium za pomocą spornej gwarancji znajduje również normatywne uzasadnienie. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm.), jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pod-

kreślenie Izby), nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przekonaniu składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie ziściły się wszystkie przesłanki uprawniające Odwołującego do skorzystania z możliwości przewidzianej w § 5 ww. rozporządzenia, ponieważ sporna gwarancja jest oświadczeniem (gwaranta) składanym w Postępowaniu, a jej oryginał nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. W konsekwencji Zamawiający bezskutecznie odwoływał się do pkt 12.6 SIWZ, który w braku omówionych powyżej zastrzeżeń co do możliwości i skuteczności dochodzenia roszczeń ze spornej gwarancji, nie wyłączał dopuszczalności zastosowania § 5 wzmiankowanego rozporządzenia.

138. Wyrok z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2452/19

W ocenie Izby przepisy przywołanego rozporządzenia w opisanym przez strony stanie faktycznym dawały Przystępującemu możliwość złożenia wadium w niniejszej formie. Wykonawca mógł skorzystać z treści § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, uznając że gwarancja wadialna może być rozumiana jako „*inny dokument lub oświadczenie składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*” i może być sporządzona i przekazana przez wykonawcę w elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Stanowisko przeciwne – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie uzasadnia przywołane przez niego orzecznictwo KIO. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO 221/19, KIO 428/19 oraz 277/19 wbrew jego twierdzeniom nie potwierdzają, że gwarancja wadialna nie może być „*innym dokumentem lub oświadczeniem składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*” (rozumianym w świetle § 5 ww. rozporządzenia) i nie może być sporządzona i przekazana przez wykonawcę w elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Orzeczenia przywołane przez Odwołującego wskazują jedynie na przykłady dokumentów, które mogą być składane w kopii. I tak np. w orzeczeniu z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 221/19 Izba uznała, „że § 5 ww. rozporządzenia odnosi się wyłącznie do oświadczeń lub dokumentów, będących środkami wykazania określonych faktów (np. złożenie dokumentu informacji z Krajowego Rejestru Karnego na okoliczność wykazania braku podstawy do wykluczenia wykonawcy, uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 13 pzp, czy dokumentu koncesji na okoliczność wykazania posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w oparciu o art. 22 ust. 1 b pkt 1 p.z.p. etc.)...”. Izba w wyroku tym, owszem potwierdziła, że przepis § 5 dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., jednak Odwołujący nie uwzględnił dalszej części przepisu art. § 5 – oraz wyводу Izby zawartym w tym wyroku, która dodała „*lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”, a takim właśnie dokumentem – składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w ocenie Izby – jest gwarancja wadialna. Zatem skoro referencje czy też informacja z KRK może być dokumentem rozumianym w świetle przepisu art. § 5 ww. rozporządzenia, to tym bardziej Izba nie znalazła racjonalnych argumentów, aby nie uznać gwarancji wadialnej jako „*innego dokumentu lub oświadczenia składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*” w świetle tego przepisu, w którym to Ustawodawca ustanowił domniemanie podniesienia rangi kopii i zrównania jej z oryginałem dokumentu dla celów dowodowych (co zostało potwierdzone w orzeczeniu KIO 221/19).

Istotne znaczenie ma dla Izby to, czy w niniejszej sprawie Zamawiający będzie miał możliwość zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji, a twierdzenie przeciwne nie zostało przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym wykazane. Istotne znaczenie dla Izby ma również to, że złożony przez Przystępującego dokument nie zawierał żadnych obostrzeń, gwarancja w żaden sposób nie odnosiła się do ogólnych warunków umownych.

139. Wyrok z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2464/19

Podkreślić należy, że istotą wadium jest jego funkcja zabezpieczająca – ma ono dawać zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania jego roszczeń w przypadku zaistnienia ustawowych okoliczności upoważniających do zatrzymania wadium. Wobec tego kluczowe znaczenie ma fakt, czy wadium wniesione w formie niepieniężnej (gwarancji czy poręczenia) daje zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. A zatem na podstawie złożonego wraz z ofertą dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający powinien mieć pewność, że – gdy zajdą ku temu przesłanki – gwarant dokona zapłaty wadium. W orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (por. np. wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 674/18, z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2591/17, z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 531/17). Izba podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 830/19, iż ocena tej skuteczności musi być dokonywana w sposób rygorystyczny, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań. W ocenie składu orzekającego, wniesienie wadium powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta), do oferty należało załączyć dokument w tej właśnie formie. Tego oczekiwał także Zamawiający, czemu dał wyraz wprost w treści pkt 13.8 SIWZ. Powyższe znajduje potwierdzenie również w przywoływanej przez Odwołującego opinii Prezesa UZP „Zasady wnoszenia niepieniężnych gwarancyjnych form wadium oraz wadium w postaci poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”.

W ocenie Izby dysponując dokumentem złożonym przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie mógł mieć pewności, że ewentualne żądanie zapłaty wadium na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr ..., w przypadku zaistnienia przesłanek do jego zatrzymania, będzie skuteczne. Na podstawie dokumentu znajdującego się w pliku pdf „Oferta nr ...” nie da się jednoznacznie potwierdzić, że Towarzystwo Ubezpieczeń XXX faktycznie złożyło oświadczenie woli o treści wskazanej w gwarancji. Na dokumencie gwarancji widnieje wyłącznie odwzorowanie graficzne podpisu elektronicznego pełnomocnika zakładu ubezpieczeń, którego wiarygodności w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie potwierdzono. Przekazany dokument nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, co potwierdził sam Odwołujący, a zatem nie było także możliwości przeprowadzenia jego walidacji. Co warte zauważenia, Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podjął próby wykazania, że w istocie otrzymał od gwaranta dokument opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym umocowanego pełnomocnika zakładu ubezpieczeń. Zamawiający dysponuje zatem jedynie oświadczeniem samego Odwołującego, że otrzymał on od zakładu ubezpieczeń oryginał gwarancji z kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby umocowanej do reprezentacji zakładu ubezpieczeń oraz że Odwołujący samodzielnie zweryfikował ten podpis, a walidacja wykazała jego prawidłowość. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby fakt złożenia oświadczenia woli przez zakład ubezpieczeń o treści takiej, jak w złożonym skanie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr (...).

140. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20

Zauważyć trzeba, iż instytucja przekształcenia sensu stricto uregulowana w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (t.j. z 2019 r. poz. 505 ze zm., dalej k.s.h.). Zgodnie z art. 551 § 1 k.s.h. spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna (spółka przekształcana) może być przekształcona w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą). Zgodnie z art. 552 k.s.h. spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną. Jak stanowi art. 553§1 k.s.h. spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształconej.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 68/17 „normatywna konstrukcja przekształcenia spółek handlowych (tzw. przekształcenie sensu stricto) opiera się na realizacji zasady kontynuacji (ciągłości). Z zasady tej, wyrażonej w art. 553 § 1–3 KSH, eksponującej sferę podmiotową przekształcenia wynika, że spółka poddana procesowi przekształcenia jest tym samym podmiotem, a na skutek przekształcenia zmienia się tylko forma prawna prowadzonej działalności. Przekształcenie oznacza zatem zmianę typu spółki przy zachowaniu tożsamości podmiotowej w zakresie praw i obowiązków. W konsekwencji w przypadku przekształcenia nie dochodzi do sukcesji praw i obowiązków. W wypowiedziach przedstawicieli doktryny podkreśla się, że zarówno przed, jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem, który w wyniku przekształcenia zmienia jedynie formę prawną („szatę prawną”) w inny ustawowy typ spółki. (...) Tożsamość podmiotowa spółek oznacza, że spółka przekształcona nie wstępuje w prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym przysługujące spółce przekształcanej, lecz z dniem przekształcenia nadal w odniesieniu do tych praw i obowiązków chodzi o wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (art. 553 §1 k.s.h.). Innymi słowy, mimo przeprowadzonego przekształcenia nadal w odniesieniu do tych praw i obowiązków chodzi o tę samą spółkę. Wyrażona w art. 553 § 1 k.s.h. zasada kontynuacji obejmuje zarówno prawa i obowiązki prywatnoprawne (art. 553 § 1 k.s.h.), jak i publicznoprawne (art. 533 § 2 k.s.h.). (...)”. W konsekwencji okoliczności, że gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na podmiot o innej nazwie i formie prawnej niż podmiot składający ofertę, nie oznacza automatycznie, że oferta nie została zabezpieczona wadium. W sytuacji takiej, jak miała miejsce w przedmiotowej sprawie, rozbieżność taka wynikała bowiem wyłącznie ze zmiany formy prawnej i nazwy spółki z uwagi na jej przekształcenie, które było przekształceniem sensu stricto, o którym mowa w art. 551 k.s.h. i następne. Oznacza to, że podmiot, który został wskazany w treści gwarancji ubezpieczeniowej (...) jest tym samym podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu (...).

Art. 90 ust. 1**141. Wyrok z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1935/19**

Przywołane przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego, tak w przypadku art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak też w przypadku art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Jednocześnie nie są w ocenie Izby uprawnione twierdzenia, że skoro Zamawiający analizo-

wał cenę oferty Przystępującego, to pojawiły się u niego wątpliwości. Ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia rzetelnego procesu badania ofert, również w odniesieniu do ceny oferty. Przeprowadzenie weryfikacji uzyskanych danych i ich analiza nie oznacza, że wystąpiły uzasadnione wątpliwości do kalkulacji oferty, które nakazywałyby żądać od wykonawców złożenia wyjaśnień dla rażąco niskiej ceny. W każdym wypadku Zamawiający powinien dokonać analizy poprawności kalkulacji, a otrzymane wyniki podlegają interpretacji i ocenie z uwzględnieniem wielu zmiennych i uwarunkowań, choćby o charakterze lokalnym. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. Zamawiający wykazał w ocenie Izby wystąpienie takich obiektywnych okoliczności. (...) Odwołujący nie jest zwolniony z obowiązku dowiedzenia tez w zakresie zarzutów odwołania, tylko dlatego, że to Zamawiający w trybie art. 90 ustawy Pzp ma przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Jeżeli Odwołujący uważa, że takie postępowanie winno być przeprowadzone, to w tym zakresie powinien przeprowadzić rzeczową argumentację, której zabrakło w niniejszym odwołaniu. Nie jest w ocenie Izby wystarczające jedynie proste przeliczenie procentowe wartości ofert do wartości szacunkowej, każdy bowiem z przepisów art. 90 ustawy Pzp zawiera wyjątki. Odwołanie winno dowodzić, że takie wyjątki nie wystąpiły, lub mimo ich wystąpienia, konieczne jest wezwanie do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Odwołujący mógł bazować na własnej ofercie i przedstawić prawidłowość własnej kalkulacji, że ujęto w niej wszystkie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia tego postępowania koszty, choćby biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego co do zespołu projektowego, czasu trwania zamówienia, ilości godzin niezbędnych do przeprowadzenia wszystkich opisanych czynności dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący ograniczył się jednakże w odwołaniu do postawienia tez, że przepisy art. 90 ustawy Pzp mają charakter imperatywny i nie przewidują jakichkolwiek wyjątków, co nie odpowiada prawdzie.

142. Wyrok z dnia 21 października 2019 r., sygn. akt KIO 1880/19, KIO 1895/19

Izba zauważa, że nie podziela twierdzeń odwołującego, jakoby możliwość weryfikacji ceny oferty, w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego była ograniczona. Twierdzenia te, zdaniem Izby, nie znajdują normatywnej podstawy. Żaden przepis ustawy Pzp nie prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien w odmienny sposób prowadzić procedurę udzielania wyjaśnień przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w zależności od charakteru oferowanego wynagrodzenia, a co za tym idzie, również ich ocenę. Na próżno w powołanym przepisie poszukiwać odmiennego ukształtowania procedury prowadzącej do badania ceny oferty dla wynagrodzenia ryczałtowego i kosztorysowego. Skoro tak, to w ocenie Izby, wolą ustawodawcy nie było ustalenie odrębnych procedur ze względu na stosowane w postępowaniu wynagrodzenie.

143. Wyrok z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2309/19

(..) Izba podkreśla, że słusznie zauważył Zamawiający, iż nie istnieje jeden wzorzec czy schemat konstruowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę, może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca, sporządzając kalkulację ceny oferty. A zatem założenia czynione przez jednego wykonawcę nie wykluczają poprawności założeń innego wykonawcy.

144. Wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2682/19

Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie Zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy założeń przyjętych do kalkulacji. Izba podziela wyrażony w orzecznictwie KIO pogląd, iż możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce przede wszystkim w dwóch przypadkach: gdy sam Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wezwanie miało charakter ogólny, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, jednak z wyjaśnień tych jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, bądź niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób doprecyzowane przez wykonawców i mogą budzić wątpliwości Zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 466/17, wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawach połączonych sygn. akt KIO 2474/17 i KIO 2487/17).

145. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 51/20

Skład orzekający zauważa również, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, który skupił się na procentowej różnicy wartości zamówienia i ceny całkowitej z oferty przystępującego czy też na niewielkim procencie danych śmieci w całości tonażu w przetargu, wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowych różnic poszczególnych wartości. Katalog przesłanek zastosowania trybu omawianej normy jest katalogiem otwartym – dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych.

Izba wskazuje dalej, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną. W ocenie składu orzekającego istotną częścią składową ceny w przedmiotowym postępowaniu są poszczególne stawki jednostkowe, wyszczególnione przez zamawiającego we wzorze umowy i w formularzu ofertowym.

Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie, pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości, czy też nie.

146. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 184/20

W zakresie zarzutu dotyczącego kilkukrotnego wezwania wykonawcy XXX do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1a Pzp. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia (...) oraz (...) odnosiły się do ceny ofert sprzed aukcji elektronicznej, a wyjaśnienie drugie z dnia (...) było jedynie uszczegółowieniem, do-

precyzowaniem pierwotnie złożonych wyjaśnień. Pierwsze wezwanie miało charakter ogólny, a kolejne z dnia (...) dotyczyło innych niż w pierwotnym wezwaniu, wątpliwości, jakie powstały na skutek weryfikacji przez Zamawiającego ceny oferty. Wezwanie z dnia (...) należy ocenić jako wezwanie odrębne, bo odnoszące się do ceny oferty po aukcji elektronicznej. Do wystosowania tego wezwania Zamawiający był zobligowany w związku ze znacznym obniżeniem ceny oferty w toku aukcji elektronicznej.

147. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 195/20

W stanie faktycznym sprawy należało zgodzić się z Zamawiającym i wykonawcą Przystępującym po jego stronie (wykonawcą XXX), że skierowanie do tego wykonawcy wezwania z dnia 13 stycznia 2020 r. nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a. Przede wszystkim te wyjaśnienia nie zmieniały wyjaśnień z 15 listopada 2019 r., ale w żądanym zakresie stanowiły m.in. ich uszczegółowienie. Te wyjaśnienia dodatkowe odnoszą się do konkretnych elementów, o których wyjaśnienieawnioskował Zamawiający. Nie wprowadziły nowych pozycji cenotwórczych względem pierwotnych, odnoszą się do tych samych kwot (cen) wykazanych w poprzednich wyjaśnieniach. Ich zakres ma charakter wyjaśniający wątpliwości Zamawiającego oraz uszczegółowiający i uzupełniający informacje Zamawiającego w procedurze badania, czy zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy XXX. Niewątpliwie (jak wskazywał Zamawiający) odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską jest z perspektywy wykonawcy najbardziej skrajnym rozstrzygnięciem zamawiającego. Dlatego też decyzja ta powinna być poprzedzona szczegółową analizą i w przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego dalszych wątpliwości zamawiający powinien mieć możliwość (a w zasadzie obowiązek) wystąpienia z dalszym wezwaniem o dalsze wyjaśnienia. Oczywiście granicą realizacji tego obowiązku jest przestrzeganie przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. W okolicznościach tej sprawy nie możemy przyjąć, że uzupełniające wezwanie wykonawcy do wyjaśnień naruszyło te zasady. Zdaniem Izby wezwanie z 13 stycznia 2020 r. było kontynuacją procedury wyjaśnień uruchomionej wezwaniem z 12 listopada 2019 r. Niewątpliwie wezwanie z dnia 12 listopada 2019 r. miało ogólny charakter (odwoływało się w głównej mierze do zacytowania przepisów ustawy Pzp, nie wskazywało na konkretne pozycje mające podlegać wyjaśnieniu). Z kolei w wezwaniu z dnia 13 stycznia 2020 r. Zamawiający wskazał w formie pytań na konkretne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, uszczegóławiając zakres informacji jakie konieczne są dla Zamawiającego, aby ostatecznie rozstrzygnąć, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba tym samym zgodziła się z Zamawiającym, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z dwoma wezwaniemid do wyjaśnień, ale w ramach jednej zamkniętej procedury składającej się z pierwszego ogólnego wezwania, odpowiedzi Przystępującego adekwatnej do treści wezwania, wystąpieniem po stronie Zamawiającego dalszych wątpliwości, kolejnego wezwania zawierającego szczegółowe pytania (względem pierwotnych wyjaśnień), uszczegółowionych wyjaśnień i następnie ostatecznej oceny przez Zamawiającego, że w przypadku oferty wykonawcy XXX nie występuje rażąco niska cena. Przedmiotowe działania stanowią pewną całość, jest to proces badania oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, a nie jednostkowa czynność Zamawiającego.

148. Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt II Ca 653/19

Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny, a je-

dynie, że 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 rozwiązać, musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. (...) Zwrócić należy uwagę, że sama treść pisma zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień jest ogólnikowa. Zamawiający nie wskazuje, jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Tym samym nie ma podstawy do domagania się, by wykonawca złożył bardziej szczegółowe wyjaśnienia niż oczekuje zamawiający. W ocenie sądu wykonawca ustosunkował się do wezwania. Co prawda pismo stanowiące odpowiedź zawiera ogólne stwierdzenia, lecz nie można obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie został sprecyzowany stopień szczegółowości wyjaśnień, jakich należało oczekiwać.

Art. 90 ust. 1a pkt 1

149. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19

W tym miejscu zważyć także należy, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, dają zamawiającym możliwość odstąpienia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Izba wskazuje, że analiza przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników, o którym mowa w ww. przepisie. Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana ad casum, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż odstąpienie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający. Nie jest zatem tak, że znacząco wyższy szacunek zamówienia dokonany przez zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania automatycznie zwalnia zamawiającego z obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, zwłaszcza gdy jest on zestawiany z najniższą ceną oferty. Odstąpienie od wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinno być przedmiotem szczegółowej i obiektywnej analizy, której cel sam w sobie nie może sprowadzać się do wyboru oferty z najniższą ceną.

150. Wyrok z dnia 18 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2214/19

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, na czym polega oczywistość określona we wskazanym artykule. Z przytoczonego powyżej fragmentu odpowiedzi na odwołanie wynika, że oczywistości tej Zamawiający upatruje w przeszacowaniu przez Zamawiającego wartości zamówienia dokonanej przed jego wszczęciem. Jednak Zamawiający nie wykazał przeszacowa-

nia wartości tej części zamówienia, pomimo, że na tę okoliczność powołał się w treści odpowiedzi na odwołanie. Nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Oznacza to, że Zamawiający nie dowiódł istnienia jakichkolwiek oczywistych okoliczności, które mogłyby uzasadnić odstępianie od zbadania ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

151. Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 82/20

Izba stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy tylko to jest możliwe, to wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości Zamawiającego, a które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez Zamawiającego, które zostały przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez Zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Izba wskazuje, że Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości) albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną. Podkreślenia wymaga, że w treści wystosowanego wezwania Zamawiający w zasadzie ograniczył się do stwierdzenia, że „zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia”. Zamawiający nie określił nawet przykładowo, jakie elementy ma na myśli, a jedynie wskazał, że elementy, które będzie brał pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, które w zasadzie stanowią powielenie w dużej części treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Art. 90 ust. 2 i 3

152. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1837/19

Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiającego, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami

dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia, wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

153. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2332/19

Ponadto zauważyć należy, iż na podstawie art. 90 ust. 2 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar dowodu wykazania realności ceny spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z art. 190 ust. 1a p.z.p., ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, jeżeli jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Tym niemniej wypada zaznaczyć, iż w orzecznictwie utrwalił się zaaprobowany przez doktrynę pogląd, że oceniając działania i zaniechania zamawiającego, Izba weryfikuje prawidłowość jego czynności w oparciu o dokumentację, którą posiadał zamawiający, oceniając cenę jako realną lub rażąco niską. Zatem dodatkowe dowody czy kalkulacje, przedłożone dopiero na rozprawie – jako niestanowiące podstawy do podejmowania czynności przez zamawiającego – nie mogą stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności działań i ewentualnych zaniechań zamawiającego, a dowody i pisma składane w toku postępowania odwoławczego, którymi zamawiający nie dysponował przy dokonywaniu oceny prawidłowości skalkulowania ceny wykonawcy, nie wchodzą w zakres podstawy do dokonywania czynności przez zamawiającego. Stanowisko to realizuje także zasady naczelnego zamówień publicznych, uregulowane w art. 7 ust. 1 p.z.p., równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, bowiem trudno byłoby mówić o realnej możliwości zachowania zasad generalnych, kiedy wykonawca dopiero przez Izbę, wbrew obowiązkom ustawy (art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p.), wskazuje, jak jego cena została skalkulowana i przedstawia dowody, które ma obowiązek przedstawić w postępowaniu przed zamawiającym.

154. Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2514/19

Ustawodawca ponadto wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wywołane do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodat-

kowo Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

155. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19

Przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść pierwotnie udzielonych przez niego wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. W niniejszej sprawie, jak wskazano już wyżej, przystępujący udzielił wyjaśnień, w których głównie powoływał się na niesprecyzowane doświadczenie i narzędzia informatyczne, w żaden sposób nie wykazując, w jaki sposób wpływają one na sposób wykonania zamówienia i cenę oferty. W świetle tak ogólnych informacji, nie popartych żadnymi dowodami, również dołączona kalkulacja cenowa prowadząca się do podania określonych kwot, bez wskazania podstawy ich wyliczenia, nie pozwalała na ocenę przedstawionych wyjaśnień jako rzetelnych i wyczerpujących. Tym samym nie można uznać w niniejszej sprawie, że przystępujący złożył wyjaśnienia, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania. Wyjaśnienia przystępującego, aby mogły służyć dokonaniu jakiegokolwiek oceny ceny oferty, musiałyby być w istocie złożone raz jeszcze w całości, tym razem ze wskazaniem szczegółowych i konkretnych informacji popartych dowodami. Takie ponowne złożenie wyjaśnień „od początku” nie może być jednak dopuszczone w świetle zasad opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też argumentacja o możliwości ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie może zostać uznana za zasadną.

156. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20

W przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia, że zaferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wezwanym wykonawcy. Zwrócenie się o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. (...) Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie

w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

157. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 262/20

Zaznaczenia wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie ich treść (i brak załączenia do nich jakichkolwiek dowodów), gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której XXX obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaofertowanej ceny. Stąd po otrzymaniu wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę, bez stwarzania możliwości złożenia kolejnych wyjaśnień czy przedstawienia dowodów. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Art. 91 ust. 1

158. Wyrok z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1851/19

Izba zaznacza w tym miejscu, co również w treści odwołania dostrzegł Odwołujący, że kształtowanie kryterium przez wskazanie posiadania określonego certyfikatu nie jest niedozwolone. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowania, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. Zamawiający mają prawo kształtowania kryteriów pozacenowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem każdorazowo swoich potrzeb. (...) Izba wskazuje, że w zamówieniach publicznych dostępu do zamówienia nie można utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Wymagania zawarte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach udziału w postępowaniu determinują krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Natomiast kryteria oceny ofert, w tym pozacenowe kryteria oceny ofert pozwalające Zamawiające-

mu na dokonanie z grona tych mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wykonawców, wyboru takiego, który w sposób najbardziej pełny, zgodny z potrzebami Zamawiającego oraz odpowiadający na realia rynku, w którym funkcjonuje dany Zamawiający, przy uwzględnieniu wszystkich osiągnięć techniki czy badań pozwalających na uzyskanie w postępowaniu przedmiotu gwarantującego najlepsze właściwości. W zasadzie kryteria oceny ofert, w tym kryteria pozacenowe, prowadzą do prawdziwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie publiczne.

159. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19

Przyjęcie wyjaśnień przystępującego XXX należy uznać zatem za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy, w których podaje on nowe informacje, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują przyznaniem tej ofercie maksymalnej liczby punktów w dwóch podkryteriach. W oparciu o ww. nowe informacje zamawiający przyznał bowiem ofercie przystępującego XXX 20 punktów, które pozwoliły tej ofercie zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyżej wskazanych przepisów.

160. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena ofert wykonawców w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów nie może być dowolna. (...) Izba stoi na stanowisku, że ww. sytuacji za dopuszczalne uznać należy wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów koniecznych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp umożliwiają potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, także po dniu składania ofert, np. w drodze procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, o ile wykonawca wykaże, iż dysponował daną osobą czy doświadczeniem na dzień złożenia oferty. Natomiast, odrębną od kwalifikacji podmiotowej, jest ocena ofert pod względem przedmiotowym prowadząca do wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Dokumenty złożone w trybie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają ocenie w kryteriach oceny ofert. Innymi słowy na podstawie uzupełnionych dokumentów wykonawca nie może otrzymać dodatkowych punktów, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonej zmiany treści oferty wykonawcy. Tym samym, o ile w okolicznościach niniejszej sprawy za dopuszczalne należy uznać uwzględnienie kwalifikacji kolejnej osoby wskazanej przez wykonawcę XXX w wykazie stanowiącym Załącznik nr 7, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunku podmiotowego), to jednak brak jest podstaw do oceny doświadczenia tej kolejnej osoby w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert. Działanie takie byłoby nieuprawnione. Należy bowiem oddzielić w okolicznościach niniejszej sprawy ocenę kwalifikacji zawodowych kierownika robót elektrycznych w kontekście wymogu wskazanego w pkt 5.1 2) ppkt ii SIWZ od oceny doświadczenia tej osoby w świetle zapisów pkt 13.3 SIWZ. (...)

161. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 177/20

Z uwagi na rangę kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niedopuszczalne jest wywodzenie przez Zamawiającego z oświadczenia złożonego przez wykonawcę treści, której oświadczenie to wprost nie zawiera bądź dokonywanie poprawy w sposób, który nie jest oczywisty. (...) Zważyć także należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający prawidłowo zastrzegł, że opis doświadczenia niejednoznaczny i niepozwalający na jego ocenę nie będzie premiowany. (...) Ocena oferty w kryterium oceny ofert w ten sposób, że Zamawiający nie ma wynikającej z treści złożonego przez wykonawców oświadczenia pewności co do zakresu posiadanego doświadczenia, a mimo to przyznaje ofercie maksimum punktów, jest nie tylko niezgodna z treścią Specyfikacji, ale też stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

162. Wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 299/20

Jak ustaliła Izba, zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastrzegł w SIWZ, że punktacji w ramach kryterium: doświadczenie osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia – „D” – 25% oraz dodatkowy kasjer lotniczy „K” – 15%, będzie podlegał wyłącznie personel stanowiący zasób własny wykonawcy. Nie opisał wprawdzie i nie określił wprost, że będzie punktował również zasoby podmiotu trzeciego, jednakże skoro nie wykluczył polegania na zasobach podmiotu trzeciego w kryteriach oceny ofert, a zakazu takiego nie ustanawia ani ustawa Pzp, ani cytowane wyżej przepisy dyrektywy, wnioskować należy, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów udzielenia zamówienia, jeżeli zamawiający taką możliwość dopuści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1093/18 oraz w wyroku z 23 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18.

Nie pozostaje też bez znaczenia okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu potencjał kadrowy, oceniany w kryteriach oceny ofert to kasjerzy, przy pomocy których wykonawca będzie realizował zamówienie. Treść art. 22a ust. 4 ustawy Pzp determinuje konieczność faktycznego wykonania zamówienia, w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie ma zatem obawy w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, aby osoby udostępnione przez podmiot trzeci nie brały następnie aktywnego udziału w wykonaniu zamówienia. Kwestionowane punkty, jakie zostały przyznane przez zamawiającego w kryterium oceny ofert dotyczą elementów, które mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający opisując bowiem doświadczenie tych osób i zasady przyznawania punktów, położył nacisk na doświadczenie kasjerów skierowanych do realizacji zamówienia. Tym samym bez znaczenia dla uzyskania lepszej jakości wykonania zamówienia pozostaje podstawa dysponowania daną osobą – czy jest to dysponowanie bezpośrednio (zasób własny wykonawcy) czy dysponowanie pośrednie (zasób podmiotu trzeciego).

Art. 91 ust. 2**163. Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 124/20**

Odwołujący powołując się na naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z 91 ust. 2 Pzp poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, winien wykazać adekwatny związek przyczynowo-

-skutkowy pomiędzy ustanowionym kryterium oceny ofert a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym – nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi – zmniejszeniu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że zawsze w którymś z kryteriów, któryś z wykonawców będzie mógł uzyskać maksymalną ilość punktów, co nie jest jednoznaczne z preferowaniem któregośkolwiek z wykonawców. Przykładowo, wykonawca, którego cena jest najniższa uzyska maksymalną ilość punktów w kryterium „cena”, wykonawca oferujący najdłuższy okres gwarancji uzyska najwyższą ilość punktów w kryterium „okres gwarancji”, wykonawca oferujący najkrótszy termin realizacji uzyska maksymalną ilość punktów w kryterium „termin realizacji”, a wykonawca oferujący przedmiot zamówienia o najwyższej jakości uzyska najwyższą ilość punktów w kryterium „jakość”. Okoliczności takie wynikają z konkurencji mającej miejsce na rynku, a ich przeniesienie na grunt zamówień publicznych świadczy o zachowaniu uczciwej konkurencji wśród wykonawców, którzy ubiegając się o zamówienie, mogą między sobą konkurować, starając się zaoferować jak najkorzystniejsze warunki oceniane poprzez kryteria oceny. Nie można również się zgodzić, że kryteria oceny ofert ustanowione przez Zamawiającego naruszają zasadę równego traktowania wykonawców. Rolą kryteriów oceny ofert nie jest gwarantowanie równej pozycji wykonawców, lecz urealnienie konkurencji pomiędzy wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miała być równa, wówczas to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłyby pozacenowe kryteria oceny ofert.

164. Wyrok z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 203/20

(art. 91 ust. 2 pkt 5 – przyp. aut.) zawiera on bezwzględny zakaz określania kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że dotyczy to wszelkich aspektów związanych z sytuacją podmiotową wykonawcy, a takie aspekty, jak wiarygodność ekonomiczna, techniczna lub finansowa, zostały wskazane jedynie przykładowo. Jedynym dopuszczalnym kryterium, które w pewnym sensie odnosi się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, jest kryterium określone w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, tj. kryterium związane z organizacją, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że kryterium to nie służy ocenie właściwości samego wykonawcy (taka ocena może być dokonywana jedynie w ramach warunków udziału w postępowaniu), ale ocenie potencjału i kwalifikacji personelu dedykowanego do wykonania zamówienia, a możliwość jego zastosowania warunkowana jest istnieniem znaczącego wpływu właściwości osób, którymi wykonawca dysponuje, na jakość wykonania zamówienia. Jest więc istotna różnica pomiędzy kryteriami odnoszącymi się do właściwości wykonawcy, a kryterium określonym w art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Art. 91 ust. 3

165. Wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2674/19

Odwołujący wskazywał, że certyfikat ISO 9001 odnosi się do systemu zarządzania jakością przedsiębiorstwa, nie odnosi się do jakości usługi. Należy jednak zauważyć, że sposób zorganizowania przedsiębiorstwa, jego wydajność, może wpływać na lepszą jakość świadczenia usług przez to przedsiębiorstwo. Zatem kryterium opisane przez Zamawiającego nie dotyczy właściwości wykonawcy, ale odnosi się do realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdzają przedstawione przez Zamawiającego opinie: pochodząca z Biura certyfikacji systemów zarządzania (z dnia 01 sierpnia 2019 r.), w której stwierdzo-

no, że: „(...) wdrożenie i certyfikacja systemu zarządzania jakością wg ISO 9001:2015 korzystnie wpływa na jakość świadczonych usług oraz zapewnia, że Organizacja stosuje międzynarodowe standardy, które pozwalają na: rozpoznanie potrzeb klienta a co za tym idzie spełnienie jego wymagań, dostarczanie wyrobów i usług według oczekiwań klientów oraz ciągłe doskonalenie jakości świadczonych usług, określenie i analizę ryzyka wynikającego z zakresu usług podlegających certyfikacji oraz podejmowanie stosownych działań doskonalących, zwiększenie efektywności zarządzania poprzez zidentyfikowanie, nadzorowanie i optymalizację procesów realizowanych w organizacji”. (...) należy ponownie wskazać na treść opracowania wydanego przez XXX z Akademii Morskiej w Gdyni (Wydział Przedsiębiorczości i Towaroznawstwa), w którym wskazano na różnice pomiędzy normą ISO 9001 z roku 2008 a normą ISO 9001 z roku 2015, podkreślając, że w wersji z roku 2015 norma ta nakłada na wykonawcę dodatkowe obowiązki, mające wpływ m.in. na jakość wyrobów i usług: „W porównaniu do standardu z 2008 roku wymagania dotyczące podejścia procesowego uzupełniono o obowiązek zidentyfikowania zagrożeń oraz oceny ryzyka i szans związanych z procesami realizowanymi w systemie, mającymi istotny wpływ na (PN-EN ISO 9001:2015): – jakość wyrobów i usług (...), zdolność organizacji do zapewnienia zgodności dostarczanych wyrobów i usług z wymaganiami klientów, – poziom satysfakcji klientów, w przypadku gdy dostarczane wyroby i usługi nie spełniają ich wymagań. (...)”.

166. Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 18 października 2019 r., sygn. akt X Ga 488/19

Zawarte w punkcie 14 SIWZ zapisy nie stanowią „sposobu obliczenia ceny”, skoro jak wyżej wskazano jest nią kwota zaoferowana przez przystępujących do przetargu, lecz w istocie wyraża koszt, jaki ostatecznie, w przyszłości zamawiający poniesie w związku z zakupem towaru wobec przewidzianej w art. 22 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych możliwości obniżenia wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, aprobujący argumentację odwołującego, że zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny są sprzeczne z przepisem art. 91 ust. 3 Pzp, stanowiącym, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zapisy punktu 14 SIWZ faktycznie bowiem wprowadzają i preferują wykonawców, funkcjonujących w oparciu o przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, które stwarzają zamawiającej możliwość obniżenia wpłat na PFRON.

Powyższe zapisy nie spełniają też wymagań przewidzianych w art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Jakkolwiek pomoc państwa dla zakładów pracy chronionej jest dozwolona, stanowiąc wyjątek od zasady, że pomoc publiczna jest zakazana, to nie oznacza to rozszerzenia tego wyjątku na całokształt stosunków gospodarczych, w jakich uprzywilejowane podmioty uczestniczą, w tym w ramach postępowań przetargowych, bo w tej sytuacji dochodziłoby do nierównego traktowania wykonawców.

Art. 91b ust. 1

167. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2598/19, KIO 2600/19

W świetle powyższego nie może ulegać wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego było w pierwszej kolejności ustalenie oferty ocenionej, jako najkorzystniejsza, a skoro celowi temu służyć miała aukcja elektroniczna (argument z postanowienia Rozdziału XVI ust. 2 SIWZ), to badanie sytuacji podmiotowej wykonawców ustąpić musiało pierwszeństwa wspomnianej procedurze. Nietrafne było przy tym stanowisko Odwołującego, jakoby obowiązek dokonania oceny sytuacji podmiotowej wykonawców przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej wynikał z art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z pierwszego z przepisów wynika jedynie, że w aukcji mogą wziąć udział wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, z kolei drugi z przepisów należy interpretować w ten sposób, że przewiduje on przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, który – zgodnie z przepisami Pzp – powinien zostać wcześniej wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja taka zachodzi, przykładowo, w przypadku udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego istotą jest badanie sytuacji podmiotowej wykonawców przed złożeniem przez nich ofert (argument z art. 47 i art. 51 ust. 1 Pzp). Z taką kolejnością czynności przewidzianą przepisami Pzp nie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, w szczególności nie wynika ona z art. 91b ust. 1 Pzp, który *explicite* wskazuje jakie czynności zamawiającego determinują udział wykonawcy w aukcji elektronicznej. Nie zalicza się do nich badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy, które to – na mocy przepisu art. 24aa Pzp – przesunięte zostało na moment po dokonaniu oceny ofert i wskazaniu oferty ocenionej, jako najkorzystniejsza i ogranicza się wyłącznie do wykonawcy, który taką ofertę złożył.

Nie mogła się również ostać argumentacja Odwołującego, jakoby przepis art. 91b ust. 1 Pzp stanowił *lex specialis* w stosunku do art. 24aa Pzp, czego konsekwencją miałyby być wyłączenie dopuszczalności stosowania procedury odwróconej w postępowaniu prowadzonym z użyciem aukcji elektronicznej. Stanowisko Odwołującego oparte było na potrzebie zastosowania reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*, niemniej jednak Odwołujący nie wyjaśnił na czym kolizja wzmiankowanych przepisów miałaby polegać. Nie sposób nie zauważyć, że regulacje te nie tyle pozostają ze sobą w sprzeczności, co w związku. Dopuszczalność zastosowania tzw. procedury odwróconej uzależniono bowiem od udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, co stanowi jednocześnie jedną z przesłanek zastosowania aukcji elektronicznej (zob. art. 91a ust. 1 *in principio* Pzp).

Art. 91c ust. 3

168. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 65/20

Należy zauważyć, że istotą aukcji elektronicznej jest bieżące informowanie wykonawców o pozycji złożonej oferty, otrzymanej punktacji, a także o punktacji najkorzystniejszej oferty. Bieżące informowanie oznacza, że aktualne informacje powinny być dostępne każdemu wykonawcy w czasie rzeczywistym, po każdym złożonym postąpieniu. Posiadanie przez wykonawców takich informacji umożliwia podejmowanie decyzji o kolejnych postąpieniach – wykonawcy muszą mieć bowiem wiedzę co do tego, jak ich oferta plasuje się między pozostałymi ofertami i w stosunku do oferty najkorzystniejszej, aby móc podjąć reakcję w postaci kolejnego postąpienia. Posiadanie takich informacji przez wykonawców jest korzystne także z punktu widzenia zamawiającego, który w wyniku kolejnych postąpień może otrzymać korzystniejszą ofertę. Obowiązek podania wykonawcom ww. informacji „na bieżąco” nakłada na zamawiającego przepis art. 91c ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w toku aukcji przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2020 r. nie została zapewniona możliwość bieżącego użytkowania przez Odwołującego informacji o pozycji jego oferty, otrzymanej punktacji, a także o punktacji najkorzystniejszej oferty, co stanowi naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 91d

169. Wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1805/19

Zgodnie z art. 91d ust. 2 Pzp zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. W ocenie Izby Zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu. Ocena ofert w ramach kryterium nr 1 (cena) uwzględniła wynik aukcji elektronicznej, tj. ceny jakie wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu w toku tej aukcji. Takie rozumienie dyspozycji art. 91d ust. 2 Pzp jest prawidłowe – aukcja elektroniczna nie jest samodzielnym trybem postępowania i nie służy ustaleniu wiążącej Zamawiającego punktacji – wiążące dla Zamawiającego są natomiast ustalone na skutek aukcji licytowane parametry ofert. To one są wynikiem aukcji.

170. Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2127/19

Przekładając powyższe na reguły prowadzenia aukcji elektronicznej, które ustanowił zamawiający w niniejszym postępowaniu, stwierdzić należy, że każdy wykonawca, biorący udział w aukcji, winien mieć możliwość dokonywania postąpień dokładnie na takich samych zasadach jak przeciwnik. Oznacza to, że wykonawca winien dysponować co najmniej pięcioma minutami na złożenie postąpienia po tym, gdy takiego postąpienia dokonał jego przeciwnik. (...) Przystępujący do postępowania odwoławczego, w wyniku awarii systemu teleinformatycznego, pozbawiony został możliwości złożenia postąpienia w przewidzianym czasie i – w ocenie Izby – nastąpiło to w wyniku okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. (...) Przystępującemu nie udało się w tym czasie złożyć oferty. Podkreślić przy tym należy, że brak możliwości złożenia oferty nie wynikał z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi przystępujący. (...) Oznacza to, że przez 5 minut, jakie miał zagwarantowane na złożenie postąpienia, zamawiający winien mu zapewnić nieskrępowany dostęp do sieci, a on sam powinien mieć możliwość złożenia oferty w dowolnym momencie, o ile mieścił się w wyznaczonym czasie. Już z samego faktu, że przystępujący nie miał możliwości złożenia oferty przez cały regulaminowy czas, oznacza, że jego uczestnictwo w aukcji nie przebiegało zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców. (...) zamawiający zasadnie unieważnił wadliwie przeprowadzoną aukcję elektroniczną. Tylko unieważnienie aukcji i przeprowadzenie jej na nowo mogło zagwarantować uczestnikom postępowania wymaganą przez ustawę P.z.p. równość w zakresie traktowania. (...) Izba wskazuje na treść art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., z którego wynika, że w przypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

Podkreślić należy, że wskazany przez odwołującego przepis nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Awaria systemu teleinformatycznego, która miała miejsce podczas aukcji elektronicznej, nie spowodowała bowiem jej przerwania, lecz uniemożliwiła przystępującemu złożenie postąpienia, po czym – wobec niezłożenia postąpienia w regulaminowym

terminie – aukcja została zakończona. Tym samym urzeczywistniła się czynność zamawiającego polegająca na przeprowadzeniu i sfinalizowaniu aukcji elektronicznej. Z okoliczności sprawy wynika natomiast, że czynność ta została przeprowadzona w sposób wadliwy.

171. Wyrok z dnia 14 stycznia 2019r., sygn. akt KIO 2598/19, KIO 2600/19

Na wstępie zauważyć należy, że przeprowadzona przez odwołujących wykładnia przepisu art. 91d Pzp, przewidującego sposób postępowania zamawiającego w razie awarii systemu teleinformatycznego była wadliwa. Z komentowanej regulacji nie wynika bowiem, jak wskazywali odwołujący, że w razie awarii systemu zamawiający zobligowany jest przerwać aukcję do czasu usunięcia awarii, ale że to awaria samoistnie wywołuje skutek w postaci przerwania aukcji (zob. art. 91d ust. 1 *in principio* Pzp). W konsekwencji powstaje pytanie, co należałoby zrobić w przypadku, gdy aukcja dotknięta jest inną usterką, która nie spowodowała przerwania aukcji, ale uzasadnia twierdzenie o istnieniu nieprawidłowości w jej przebiegu? W przekonaniu składu orzekającego w takiej sytuacji zamawiający uprawniony jest do ponowienia wadliwie przeprowadzonej czynności, co mieści się w pojęciu korygowania wadliwości postępowania w celu przywrócenia go do stanu zgodności z przepisami.

Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie doszło do nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej, wynikającego z wgrania nowej wersji aplikacji w oknie serwisowym w noc poprzedzającą rozpoczęcie aukcji (zob. oświadczenie operatora platformy stanowiące dowód Z2). Z problemem tym zetknął się nie tylko Wykonawca XXX (zob. dowody Z1 i Z2), ale również odwołujący, co potwierdzili w toku rozprawy (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4), z tą różnicą, że odwołującym udało się przezwyciężyć napotkane problemy techniczne, a Wykonawcy XXX – nie. W konsekwencji nie każdy wykonawca zaproszony do udziału w aukcji i chcący wziąć w niej udział miał taką możliwość. Nie sposób nie zauważyć, że w odniesieniu do Wykonawcy XXX nie doszło do zrealizowania istoty aukcji elektronicznej, którą – zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp – jest możliwość dokonywania korzystniejszych postępień za pomocą stosownego formularza. Ergo utrzymanie w mocy wyniku aukcji z 18 grudnia 2019 r. stanowiłoby naruszenie ww. przepisu, a nadto zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem Wykonawca XXX prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony został, z przyczyn od siebie niezależnych (zob. dowód Z2), możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia. Realizacja wspomnianych zasad w tej sprawie wymagała, aby każdy z wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej z 18 grudnia 2019 r. uczestniczył w niej na równych zasadach, w szczególności mógł zalogować się na platformę aukcyjną bez konieczności stosowania nadzwyczajnych środków czy tymczasowych rozwiązań oraz dysponować czasem na składanie postępień. (...) Reasumując, skład orzekający uznał, że decyzja Zamawiającego o powtórzeniu aukcji elektronicznej (a zarazem o wyeliminowaniu z Postępowania pierwszej aukcji, co *de facto* stanowi o jej unieważnieniu) była prawidłowa i nie naruszała wskazanych przez odwołujących przepisów Pzp. (...) Finalnie, nie można tracić z pola widzenia, że forsowana przez odwołujących teza, jakoby Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej mogłaby wywołać i ten skutek, że jeżeli w toku aukcji nie doszłoby do sytuacji opisanej w przepisie art. 91d Pzp, a, przykładowo, uczestniczyłby w niej wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ (o czym zamawiający zobowiązany jest przesądzić jeszcze przed zaproszeniem do udziału w aukcji – argument z art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze *in fine* Pzp), to należałoby dojść do wniosku, że zamawiający pozbawiony jest w ogóle możliwości usunięcia tej niezgodności z prawem (tu – sprzeczności z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Dodatkowo skład orzekający zauważa, że o możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej pozytywnie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 7 kwietnia 2016 r., wydanym w sprawie C-324/14, w którym stwierdzono m.in., że „[...] wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wy-

konawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę [...]”. Wnioski płynące z uzasadnienia tego orzeczenia należy *per analogiam* odnieść do przedmiotowej sprawy, w której wprawdzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli „dopuszczalne oferty” zostali dopuszczeni do udziału w aukcji, ale sam jej przebieg był nieprawidłowy z uwagi na zaistnienie okoliczności opisanych powyżej. W żadnym z tych przypadków nie dochodzi do awarii w rozumieniu art. 91d Pzp, ale jednocześnie w każdym z nich – do sprzeczności z innymi przepisami Pzp, które wymagają usunięcia w celu przywrócenia prowadzonej procedury do stanu zgodności z prawem.

Art. 92 ust. 1

172. Wyrok z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1845/19

W ocenie Izby nie można pominąć ważnego elementu uzasadnienia, jakim były konkretne odczucia członków komisji, które zdecydowały o negatywnej ocenie danego elementu kreacji. Sprowadzanie oceny wyłącznie do kwestii wskazania na ilość głosów negatywnych i pozytywnych, nie oddawało w pełni znaczenia kryterium oceny ofert. Dopiero argumenty merytorycznie odnoszące się do przedmiotu oceny, podane później przez Zamawiającego, pozwoliłyby Wykonawcy ewentualnie odnieść się do zasadności oceny i formułować w tym zakresie zarzuty. Nie można pozbawiać Wykonawcy prawa do poznania uzasadnienia wyłącznie tym, iż ocena w podkryterium opierała się na subiektywnym odbiorze przez poszczególnych członków komisji przetargowej przekazu, jakie niosła dana kreacja. Nawet wówczas powinny być podane argumenty, jakie przekonały o negatywnym, a nie pozytywnym wrażeniu członka komisji przetargowej. Postawienie Wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, prowadzi do naruszenia nie tylko obowiązku podania uzasadnienia faktycznego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ma ona szczególne znaczenie przy kryteriach, które odnoszą się do subiektywnych odczuć komisji przetargowej. Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty. Zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od Zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności, a temu sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty.

173. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19

Wymóg podania uzasadnienia faktycznego oznacza, że zamawiający nie może ograniczyć się do podania wyłącznie liczby przyznanych punktów, ale ma także obowiązek wskazać, dlaczego danej ofercie przyznał albo nie przyznał określonej liczby punktów. Nie można się przy tym zgodzić z argumentacją zamawiającego, zgodnie z którą nie mógł on podać uzasadnienia faktycznego w zakresie punktów nieprzyznanych w kryteriach dotyczących doświadczenia określonych specjalistów, gdyż wykonawcy zastrzegli wykazy osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Abstrahując od prawidłowości tego zastrzeżenia, o czym mowa w uzasadnieniu wyżej rozpoznanych zarzutów, należy zauważyć, że zamawiający mógł wskazać, które wymogi siwz w stosunku do danego specjalisty nie zostały spełnione, nie ujawniając tym samym informacji zastrzeżonych. Podanie uzasadnienia faktycznego było więc możliwe, mimo tajemnicy przedsiębiorstwa i brak takiego uzasadnienia stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

174. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2576/19

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że jego obowiązek informacyjny związany z zakończeniem postępowania ogranicza się do przekazania wykonawcom informacji na temat punktacji. Artykuł 92 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi wprawdzie, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, jednak sam przepis art. 92 ust. 1 Pzp in fine nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Takiego uzasadnienia zamawiający nie podał, czym naruszył przepisy ustawy. Niezasadnie powołuje się zamawiający na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji mających znaczenie dla oceny w kryterium metodyka i doświadczenie osób realizujących zamówienie. Po pierwsze, uznanie nieskuteczności zastrzeżenia tych informacji skutkuje obowiązkiem ich ujawnienia, co oznacza, że można je powołać w informacji o wyniku postępowania. Po drugie, zamawiający uznając zastrzeżone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien był swoje stanowisko sformułować w sposób chroniący te informacje, z pominięciem indywidualnych i konkretnych danych, np. danych osobowych personelu. Oświadczenia zamawiającego składane na części niejawnej rozprawy jasno dowiodły, że było to możliwe.

Zgodzić się należy z odwołującym, że brak przekazania przez zamawiającego informacji dotyczącej oceny ofert jest sprzeczny z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, gdyż brak możliwości kontroli czynności oceny ofert przez zamawiającego, stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Działanie zamawiającego jest nietransparentne, podczas gdy zasada przejrzystości wymaga, aby czynności zamawiającego dokumentowane były w sposób jasny i zrozumiały, umożliwiając poddanie ich ocenie.

Art. 92 ust. 1 pkt 2**175. Wyrok z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1827/19**

Wykonawca zaś, którego zastrzeżone informacje dotyczą, winien uzyskać nieograniczoną wiedzę w zakresie czynności zamawiającego z nimi związanych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 roku sygn. akt KIO 1541/19, zgodnie z którym zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty w sytuacji, kiedy podstawy faktyczne tego odrzucenia odnoszą się do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również w takiej sytuacji wykonawca, którego tajemnicy przedsiębiorstwa to dotyczy, musi otrzymać pełne uzasadnienie czynności odrzucenia. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do zezwolenia na dokonywanie przez zamawiającego arbitralnych i nieweryfikowalnych ocen oraz ograniczałoby prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej. Brak uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego spowodował, iż odwołujący nie mógł odnieść się w sposób wyczerpujący do argumentacji zamawiającego.

Art. 92 ust. 1 pkt 3**176. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2403/19**

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodne z pierwszym z wymienionych przepisów zamawiający

obowiązany jest do niezwłocznego przekazania informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno zawierać – oprócz ww. podstawy prawnej – wskazanie stwierdzonej przez zamawiającego niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez odniesienie konkretnej treści oferty do konkretnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy również nadmienić, iż oceny uzasadnienia ww. czynności należy dokonywać, uwzględniając indywidualne okoliczności danej sprawy. W zawiadomieniu z dnia 21 listopada 2019 r. zamawiający niewątpliwie wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wprawdzie w dalszej części uzasadnienia zamawiający podał art. 89 ust. 2, jednakże mając na uwadze zarówno wskazanie na wstępie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i pozostałą treść uzasadnienia ewidentnie odnoszącego się do okoliczności niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie budzi żadnych wątpliwości, iż wskazanie przez zamawiającego art. 89 ust. 2 stanowiło wyłącznie omyłkę pisarską. Zdaniem Izby odwołujący nie miał wątpliwości co do tego, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o czym między innymi świadczy sposób sformułowania pierwszego z zarzutów odwołania. Trzeba natomiast przyznać, iż istotnie zamawiający nie podał w treści uzasadnienia jednostki redakcyjnej SIWZ (OPZ) zawierającej postanowienie, w odniesieniu do którego stwierdził brak spełnienia przez ofertę odwołującego minimalnego wymagania przedmiotowego. Należy jednak zauważyć, iż postanowienie to zostało przez zamawiającego wskazane w treści uzasadnienia w sposób opisowy, poprzez wskazanie wymagania obsługiwanego przez pamięć cache operacji odczytu i zapisu, a zatem wymagania określonego w zdaniu drugim pierwszego podpunktu punktu 5 OPZ. W konsekwencji Izba uznała, iż uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego posiadało minimalny zakres informacji pozwalający na uznanie tego uzasadnienia za wystarczające na gruncie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu, jak i powiązanych z nim w ramach podniesionego zarzutu art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

177. Wyrok z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 103/20

Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący jednoznacznie zrozumiał podstawy faktyczne i prawne zawarte w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, w efekcie czego w sposób polemiczny wyłożył postanowienia SIWZ w kontekście podstaw faktycznych odrzucenia z pkt 4 „Uzasadnienie”. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego zawierało więc wystarczający zasób informacji, aby w oparciu o przedstawioną treść zbudować zarzuty. Uzasadnienie zawierało przytoczenie zapisów SIWZ, wskazywało na treść oferty Odwołującego i w polemiczny sposób odnosiło się do braku spełnienia wymagań przedmiotowych przez złożoną ofertę. Wskazano również z jakich fragmentów dokumentacji przedstawionej przez Odwołującego lub powszechnie dostępnej na stronie producenta swoje stanowisko wywodzi Zamawiający.

178. Wyrok z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 266/20

Wskazanie, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co potwierdza treść złożonych wyjaśnień, nie stanowi wypełnienia przez zamawiającego normy art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z ww. regulacją, przy uwzględnieniu dyrektywy prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, zamawiający obowiązany jest do podania konkretnych powodów uznania, iż w odniesieniu do danego wykonawcy zachodzi podstawa odrzucenia jego oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty powin-

no umożliwić wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a organowi rozpoznającemu ten środek ocenę czynności zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp. W niniejszej sprawie odwołującemu nie zostały przekazane żadne powody uznania zaofertowanej przez niego ceny za cenę rażąco niską, co winno mieć miejsce w szczególności poprzez odniesienie się do treści złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

179. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2216/19

Rozpoznając odwołanie, Izba stanęła przed koniecznością rozstrzygnięcia kwestii prawnej, jaka powstała na tle zastosowania normy ujętej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, tj. czy dla ziszczenia się przesłanki do unieważnienia postępowania konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, iż nie miał możliwości pozyskania dodatkowych środków, ponad kwotę podaną przy otwarciu ofert, co pozwoliłoby na wybór oferty przekraczającej, przewidziane w momencie ogłoszenia postępowania, środki na sfinansowanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego, przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy powinien być interpretowany w taki sposób, iż pierwsza część normy, w której mowa jest o cenie najkorzystniejszej oferty lub ofercie z najniższą ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – określa przesłanki do unieważnienia postępowania. Druga część po słowach „chyba że” ustala warunek, pod jakim możliwe jest dalsze prowadzenie przez zamawiającego postępowania, pomimo wystąpienia wcześniej opisanych przesłanek. Inaczej mówiąc, ustawodawca wprowadził do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy zapis, który łągodzi kategoryczny nakaz, jaki wynikał z wcześniejszego brzmienia przepisu, obligującego zamawiającego bezwzględnie do unieważnienia postępowania, niezależnie od zmiany sytuacji finansowej, która pozwalałaby na wybór oferty droższej, niż wysokość środków jaką zakładał zamawiający przeznaczyć. Takie rozumienie przepisu oznacza, iż dla ziszczenia się przesłanki do unieważnienia postępowania wystarczające jest zaistnienie sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza/z najniższą ceną, przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skład orzekający w całości podziela pogląd prezentowany w części orzeczeń (przywołanych w odpowiedzi na odwołanie), iż możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery dyspozycyjnej pozostawionej zamawiającemu. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w protokole, iż taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe wywodzenie z tego przepisu obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Skoro obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie przy otwarciu ofert kwoty środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to należy uznać, iż środki te jako zabezpieczone w budżecie na realizację inwestycji, pozwolą na udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może dowolnie ograniczać tej kwoty, co mogłoby spotkać się z zarzutem działania naruszającego zasady postępowania. Ustawodawca nie nałożył przy tym na zamawiającego obowiązku „poszukiwania” dodatkowych środków, gdyby te zabezpieczone w momencie wszczęcia postępowania okazały się niedostateczne. W tej sytuacji nie ma podstaw do formułowania nakazu uzasadnienia przyczyn, które uniemożliwiają zamawiającemu przeznaczenie dodatkowych kwot na zakup przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała tezy Odwołującego o braku właściwej analizy prawnej, za gołosłowne. (...) Nie można również pozostawić bez komentarza stwierdzenia, iż decyzja o zwiększeniu środków powinna być uzasadniona, a Zamawiający ma prawo do ustalenia, czy przy danych warunkach rynko-

wych wybór oferty droższej okaże się korzystny. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasad wydatkowania środków publicznych, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Założenie Odwołującego, iż w każdym przypadku Zamawiający powinien wykazać, iż nie ma dodatkowych środków, pomija istotną kwestię racjonalności decyzji o wyborze oferty droższej, niż zakładany próg wydatków przewidzianych w budżecie Zamawiającego. Ostatecznie decyzji Zamawiającego pozostawiono możliwość pozyskania (przesunięcia) środków, jeżeli decyzja ta ma racjonalne podstawy. Stąd sam wniosek o niedostatecznej analizie możliwości finansowania zamówienia nie mógł decydować o wyniku oceny czynności unieważnienia postępowania.

Art. 93 ust. 1 pkt 6

180. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2212/19

Izba stwierdziła także, że Zamawiający nie wykazał braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w obecnym kształcie w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na fakt, że ustalone kryterium pozacenowe prowadzi do nienaturalnego zawyżenia ceny oferty. Jak już wykazano powyżej, nie został przeprowadzony żaden dowód na potwierdzenie powyższej tezy, a Zamawiający przywołał w decyzji o unieważnieniu postępowania jedynie wybiórczo – brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania – tj. jedną z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający nie odniósł się w żadnym stopniu do pozostałych przesłanek, kumulatywnie warunkujących unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający nie wykazał wystąpienia jakiejkolwiek zmiany okoliczności, której skutkiem byłoby wystąpienie braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania. Zamawiający nie wykazał również żadnych okoliczności na potwierdzenie, że potencjalnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Niewykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przeczy możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

181. Wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2212/19

Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (zob. wyrok z dnia 17 marca 2016 r. sygn. KIO 314/16). Usunięcie wady postępowania może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania.

Podsumowując, Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp, bowiem warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146 Pzp.

W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, wpływ stwierdzonych naruszeń przepisów Pzp musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych (np. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego) – wybór najkorzystniejszej oferty. Pomiedzy dokonaniem przez zamawiającego czynności lub zaniechaniem dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp a wynikiem postępowania musi zatem zaistnieć związek przyczynowo-skutkowy, pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej.

(...) W ocenie Izby, powoływany przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania brak w SIWZ zapisów dotyczących możliwości potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonanych w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, nie stanowi naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zawarty w SIWZ wymóg formy elektronicznej oferty, a zarazem pełnomocnictwa do jej złożenia, w równym stopniu dotyczył wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto w oparciu o aktualne brzmienie SIWZ wykonawca wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa w formie elektronicznej wynikającej z treści SIWZ miał możliwość skutecznego jego uzupełnienia w przypadku, gdy takie pełnomocnictwo zostało udzielone. (...) Z powyższych względów Izba nie stwierdziła kolizji między zapisami SIWZ a dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp. W tym zakresie należało uznać, że postępowanie nie jest obciążone wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która stanowiłaby naruszenie art. 26 ust. 3a Pzp, mające wpływ na wynik postępowania. Postanowienia SIWZ dotyczące wymaganej formy elektronicznej oferty, a co za tym idzie – pełnomocnictwa, nie naruszają także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. (...) W świetle powyższego nie budzi wątpliwości fakt, że choć kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kluczowego personelu zostało sformułowane w sposób teoretycznie umożliwiający zgłoszenie nieograniczonej liczby biegłych, to wada ta może zostać wyeliminowana w toku postępowania. Sam Zamawiający bowiem przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że złożenie oferty, która w sposób nieuczciwy wykorzysta powyższe kryterium do uzyskania nienaturalnej, zawyżonej liczby punktów, powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem sam Zamawiający wskazał sposób wyeliminowania potencjalnej możliwości wpływu omawianej wady w opisie kryterium na wynik postępowania, tj. taki sposób, który jest zgodny z procedurami określonymi w przepisach ustawy Pzp i będzie prowadził do odrzucenia takiej oferty. Zauważyć należy jednocześnie, że w warunkach prowadzonego postępowania przyjęcie przez Zamawiającego założenia odnośnie nieuczciwości wykonawcy, który zaoferuje na potrzeby kryterium oceny ofert znaczną liczbę biegłych rewidentów, jest nieuprawnione wobec niewykazania przez Zamawiającego, że każda liczba biegłych wyższa niż 17 powinna być uznana za nieuczciwie zawyżoną.

182. Wyrok z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19

W analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający dopuścił skorzystanie z klucza publicznego do szyfrowania oferty umieszczonego zarówno na stronie miniPortalu, jak i na własnej stronie internetowej BIP. Złożony przez Odwołującego, jako dowód w sprawie, fragment Instrukcji Użytkownika miniPortalu również przewiduje możliwość sko-

rzystania z klucza publicznego udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego lub samego miniPortalu, traktując te dwie ścieżki jako równorzędne. Oznacza to, że to do wykonawców należy wybór, z którego źródła pliku chcą skorzystać, a obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia i umożliwienie prawidłowego i sprawnego złożenia oferty wszystkim, ubiegającym się o zamówienie publiczne wykonawcom. Ponadto udostępnienie przez Zamawiającego wadliwego klucza do szyfrowania oferty nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawców, którzy działając w zaufaniu do poprawności funkcjonowania systemu i dokumentów, przygotowanych przez Zamawiającego korzystają z tych źródeł.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wykonawca zamierzający złożyć ofertę winien wcześniej skorzystać z możliwości złożenia oferty „próbnej” lub podjąć czynność złożenia oferty na kilka godzin wcześniej przed upływem terminu składania ofert. Brak takiego działania ze strony wykonawcy nie świadczy o braku należytej staranności tego wykonawcy i w żadnym razie nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zagwarantowania prawidłowo funkcjonującego systemu, umożliwiającego złożenie ofert. Jak wyżej ustalono, bezpośrednią przyczyną niezłożenia w terminie oferty przez Odwołującego było wadliwie działanie klucza publicznego, udostępnionego na stronie Zamawiającego i będącego załącznikiem do SIWZ.

183. Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2412/19

Okoliczności, które Zamawiający powołał jako przesądzające o istnieniu wady postępowania, mogą być oceniane tylko w kontekście art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, nie dotyczą one bowiem żadnej z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym należy stwierdzić, że okoliczności, w których Zamawiający upatrywał nieusuwalnej wady postępowania, uniemożliwiałyby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, jeżeli czynności lub zaniechania Zamawiającego naruszały przepisy ustawy w stopniu mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postępowania.

Podkreślić należy, że przesłanki unieważnienia postępowania muszą być interpretowane ściśle, a wykazanie ich zaistnienia obciąża Zamawiającego. Rozszerzająca wykładnia tych przesłanek jest niedopuszczalna, mogłaby bowiem prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia. (...) Po pierwsze nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że zamawiający nie ma obowiązku żądać od wykonawców na etapie postępowania przetargowego przedłożenia dokumentów potwierdzających, że przedmiot oferty spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Obowiązek taki nie wynika z żadnego przepisu prawa, wręcz przeciwnie, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia kształtują jedynie uprawnienie zamawiającego do żądania określonych dokumentów. Brak takiego obowiązku został zresztą przyznany przez Przystępującego podczas rozprawy.

Dalej należy stwierdzić, że brak powyższego obowiązku jest niezależny od szczegółowości informacji, jakich podania w treści oferty żądał Zamawiający. To, jak szczegółowo należy określić informacje na temat oferowanego przedmiotu zamówienia, zależy od decyzji Zamawiającego, który określa w SIWZ zakres wymaganych informacji i wzór formularza oferty. Jeżeli Zamawiający nie wymagał podania producenta oferowanych urządzeń, to można mieć wątpliwości co do tego, czy było to racjonalnie i czy z należyłą starannością Zamawiający przygotował dokumentację postępowania, brak jest jednak podstaw do utożsamiania tego z nieusuwalną wadą postępowania wpływającą na ważność umowy. Nawet jeśli brak takiego

żądania był nierozsądny lub stanowił wynik zaniedbania, to okoliczność ta nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby bowiem wykazać istnienie ustawowych przesłanek, czego w rozpoznawanej sprawie nie zrobił. (...) Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że uzasadnieniem unieważnienia jest okoliczność, że niemożliwa jest do ustalenia rzeczywista treść oferty. Treścią oferty jest w tym przypadku wykonanie przedmiotu zamówienia o parametrach technicznych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, za określoną cenę i z określonym okresem gwarancji. Podkreślić przy tym należy, że wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia zostały przez Zamawiającego określone bardzo szczegółowo, na co zwracał uwagę zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący. Zamawiający nie wykazał, z jakim przepisem ustawy niezgodna jest tak określona treść oferty. Nie ma podstaw również mówić tu o nieporównywalności ofert, każdy z wykonawców bowiem oferował na takich samych zasadach i w ten sam sposób określony przedmiot zamówienia.

Z tych względów Izba uznała, że w sprawie ziszcila się przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w części 2 i 4 jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania ma charakter nieusuwalny, tzn. na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania błędnego klucza do szyfrowania ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie w terminie oferty.

184. Wyrok z dnia 20 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2487/19

Zamawiający nie wykazał istnienia takiej wady postępowania, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Okoliczność, że Zamawiający mógł jeszcze lepiej i szerzej opisać warunek udziału w postępowaniu, nie stanowi automatycznie wady, która powoduje niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób, który miał dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ponadto Zamawiający nie wykazał i nie uprawdopodobnił, aby wykonawcy uznawali warunek za nadmierny, nieproporcjonalny, aby byli tacy wykonawcy, którzy pomimo takiej woli, nie mogli wziąć udziału w postępowaniu. A bezspornie to Zamawiający zobowiązany był do wykazania istnienia wady, która uniemożliwia zawarcie umowy w niniejszym postępowaniu, która nie będzie podlegała unieważnieniu. Konieczne jest także wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistnieniem wady a niemożnością zawarcia umowy, co również nie zostało przez Zamawiającego wykazane.

185. Wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2585/19

„Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania należy wskazać, że Zamawiający dokonał pobrania klucza oraz odszyfrowania wszystkich ofert 23 października 2019 roku na jawnym otwarciu ofert. Z uwagi na wniosek Odwołującego o unieważnienie postępowania Zamawiający skierował także zapytanie (e-mailowe, a następnie w formie pisemnej) do Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o weryfikację faktycznego momentu, w którym Zamawiający uzyskał dostęp do złożonych w postępowaniu ofert. W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, Urząd Zamówień Publicznych wskazał, że z Historii prac Zamawiającego nie wynika, aby pomiędzy 06 września 2019 roku a 23 października 2019 roku Zamawiający wchodził w edycję postępowania. Wejście w edycję postępowania jest natomiast niezbędne do pobrania klucza prywatnego służącego otwarciu ofert. W treści pisemnej odpowiedzi stwierdzono: „W związku z tym można domniemywać, że w okresie 06.09.2019 r. – 23.10.2019 r, przed godz. 13:00 Zamawiający nie pobrał klucza prywatnego” (strona 9 stanowiska zamawiającego).

Z dokumentacji postępowania (załącznik nr 36 do Protokołu) wynika, że zamawiający pisem z dnia 13.11.2019 roku zwrócił się do administratora mini portalu to jest Urzędu Zamówień Publicznych, w związku z wnioskiem odwołującego o unieważnienie postępowania, o udzielenie odpowiedzi, że nie mógł zamawiający zapoznać się z ofertami przed terminem ich otwarcia, ponieważ klucz prywatny niezbędny do odszyfrowania ofert został pobrany po terminie otwarcia ofert, tj. 23 października 2019 r. godzina trzynasta. W dniu 20 listopada 2019 r. Dyrektor Biura Organizacyjno-Finansowego Urzędu Zamówień Publicznych (załącznik nr 37 do Protokołu) stwierdził, że „nie posiada informacji o dacie i godzinie pobrania klucza prywatnego. Jednocześnie w załączeniu przesyłamy informację z Historii pracy Zamawiającego z mini Portalem. Z poniższego wynika, że Zamawiający pomiędzy 06.09.2019 r. a 23.10.2019 r. nie wchodził w edycję postępowania. Żeby pobrać klucz prywatny, należy wejść w edycję postępowania. Z danych wynika, że Zamawiający wszedł w edycję postępowania 23.10.2019 r. o godzinie 13:00, czyli w momencie, gdy upłynął termin otwarcia ofert. W związku z tym można domniemywać, że w okresie 06.09.2019 r. – 23.10.2019 r. przed godz. 13:00 Zamawiający nie pobrał klucza prywatnego”. W tym stanie rzeczy Izba ustaliła, że ani hipotetycznie, ani rzeczywiście zamawiający nie miał możliwości, ani nie zapoznał się z ofertami przez 23.10.2019 r. godziną trzynastą. Izba ustaliła, że zamawiający zapoznał się z ofertami z upływem terminu do składania ofert, czyli 23 października 2019 r. godzina trzynasta.

186. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2603/19

Podkreślić należy, iż w świetle naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady jawności i przejrzystości postępowania zamawiający nie może odstąpić od wyjaśnienia przyczyn uniemożliwiających wykonawcom złożenie oferty za pomocą udostępnionego narzędzia, bowiem powyższe ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz determinuje dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu. Zauważyć należy, iż to gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie operator platformy, odpowiada za prawidłowy w świetle przepisów ustawy Pzp przebieg postępowania. Tym samym jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, iż brak możliwości złożenia oferty spowodowany był problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

187. Wyrok z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2614/19

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. W ocenie składu niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków przedmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp. Nie można wykluczyć, że gdyby opis przebiegu testów akceptacyjnych i ustalone zasady ich przeprowadzania były opisane inaczej, to jest bez udziału subiektywnych elementów, krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Izba uważa, że do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wystarczający jest hipotetyczny wpływ naruszenia na możliwość unieważnienia przyszłej umowy (tak wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 76/18).

188. Wyrok z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20

Podsumowując, w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp Ustawodawca przewidział obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Aby jednak wyżej wskazana podstawa do unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych. (...) W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 sierpnia 2019 r. o sygn. akt XXIII Ga 573/19, który dotyczył zasadności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, które zostało nakazane przez Izbę. W orzeczeniu tym ww. sąd stwierdził, że art. 190 ust. 1 Pzp wymaga udowodnienia podnoszonych o koliczności, nie zaś uprawdopodobnienia. (...) Izba uznała przy tym, przyjmując stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że informacje zgromadzone w toku postępowania potwierdzają również, że poprawiona wersja kontrolki Szafir SDK została dostarczona przez KIR dopiero dnia 22 października 2019 r., tj. 26 dni po terminie otwarcia ofert. Termin na złożenie oferty nie podlega przywróceniu, ani nie ma możliwości powtórzenia tej czynności po upływie terminu na jej dokonanie. Nie ulega zatem wątpliwości, że we wskazanym postępowaniu XXX w pierwotnie wyznaczonym terminie nie może już złożyć oferty, pomimo usunięcia wady w działaniu platformy. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że wskazana wada postępowania nie miała charakteru trwałego.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że to jednak zamawiający wybrał platformę zakupową, jako narzędzie do przeprowadzenia postępowania i wskazując ją wszystkim wykonawcom jako instrument wykorzystywany do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej przyjął tym samym na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu. Skoro system wskazany przez zamawiającego nie uniemożliwiał od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert wszystkim wykonawcom złożenia oferty, to oznacza to, że w niniejszym postępowaniu naruszono podstawową zasadę systemu zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 Pzp – narzucającą by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu były znane wykonawcom oraz by zapewniono im równe warunki uczestnictwa w przetargu. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem każdego zamawiającego jest bowiem zapewnienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym tyłu wykonawcom, ilu chce złożyć oferty i problem choćby jednego z nich, który nie leży po stronie tegoż wykonawcy, skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, co w rażący sposób ograniczyło konkurencyjność. Jedynym możliwym rozwiązaniem w takiej sytuacji było unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie.

189. Wyrok z dnia 20 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 243/20

Zamawiający – ponad podane we wskazanym piśmie okoliczności – podnosił na rozprawie z jednej strony, że Spółka nie ma interesu społecznego w kontynuacji zlecenia zamówienia na zewnątrz, a z drugiej – że Spółka nie ma interesu publicznego w zleceniu

takiej usługi na zewnątrz. Także, że z tej linii przychodu jest finansowany stadion, która nie generuje założonych przychodów dla Spółki i nie leży (z kolei) w interesie społecznym zlecenie na zewnątrz tej usługi. Wskazał na likwidację tej linii przychodów. Jego zdaniem, dla oceny przesłanki (interesu publicznego) należy uwzględnić specyfikę otoczenia formalno-prawnego, w którym działa Spółka oraz że udzielnie zamówienia musi następować z uwagi na realizowane potrzeby biznesowe. Wskazywał zatem na aspekt ekonomiczny – jego interes, podczas gdy powołany przepis wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interesu publicznego”, który nie będzie (co do zasady) tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny (nie interes Spółki) wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania na tej podstawie, gdyż tylko w ten sposób byłby w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zamawiający w zacytowanym zawiadomieniu nie wykazał, że w stanie faktycznym tej sprawy powoływane okoliczności (zmiany i ich istotność) były niemożliwe do przewidzenia (patrzac oczywiście w kategoriach obiektywnych) i były skutkiem zaistnienia zewnętrznych okoliczności oraz (także co istotne) są związane z interesem publicznym.

190. Wyrok z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 268/20

Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy. Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ, w tym opis kryterium. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu.

Art. 94 ust. 1 pkt 1

191. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2192/19

Nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że jego naruszeniem byłoby faktyczne udzielenie zamówienia przed upływem 10 dni od dnia poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli przed upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania (*stand still*). W badanej sprawie, co potwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie doszło do zawarcia umowy. W związku z czym samo błędne wskazanie terminu udzielenia zamówienia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie stanowi naruszenia powołanego przepisu.

Art. 96 ust. 1

192. Wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2284/19, KIO 2288/19

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a samo postępowanie jest jawne. Warunkiem zachowania jawności, przejrzystości, a przede wszystkim uczciwej konkurencji i równego traktowania jest m.in. zapewnienie wykonawcom możliwości weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego poprzez korzystanie ze środków ochrony prawnej. Aby jednak wykonawca mógł korzystać z tych środków, musi mieć wiedzę o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego, również w stosunku do innych wykonawców. Wiedzę taką powinna zapewnić mu m.in. treść protokołu postępowania.

Brak wypełniania pkt 27 protokołu w trakcie postępowania skutkowało w niniejszej sprawie tym, że odwołujący jedynie na podstawie treści innych dokumentów musiał domniemywać, że zamawiający podejmował określone czynności. Powyższe utrudniło odwołującemu sformułowanie zarzutów odwołania, a zatem utrudniło mu skorzystanie z tego środka ochrony prawnej i stanowiło naruszenie art. 96 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę właśnie znaczenie treści protokołu, w tym wykazu załączników do protokołu, dla zapewnienia wykonawcom rzeczywistej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba stwierdziła, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu oraz nakazała zamawiającemu wskazanie w protokole wszystkich załączników.

Art. 138r ust. 1

193. Wyrok z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2582/19

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 189 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba na wstępie wyjaśnia, iż art. 138r ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę w przypadkach określonych w art. 89, co oznacza, że przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 Pzp znajdują zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przygotowanie specyfikacji nie jest jednak niezbędne dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi należy zatem przyjąć, że ww. przepis znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający określi w ogłoszeniu lub opisie sposobu przeprowadzenia postępowania istotne wymogi i wytyczne dla wykonawcy, których niedotrzymanie będzie skutkowało merytoryczną niezgodnością złożonej oferty z wymaganiami zamawiającego, co do oczekiwanej usługi. Niezgodności mające charakter formalny, choćby stanowiły także niezgodność z SIWZ, nie stanowią podstawy odrzucenia. (...) Na wstępie należy wskazać, że odwołanie w art. 138r ust. 1 Pzp także do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oznacza dla zamawiającego obowiązek nie tyle zdefiniowania rażąco niskiej ceny oferty, gdyż zakres materialny tego pojęcia został już ustalony w orzecznictwie, ile określenie procedury pozwalającej na odrzucenie oferty, jeśli wykonawca nie oddali wątpliwości zamawiającego, co do wystąpienia ceny rażąco niskiej. Ponadto w zakresie postępowań na udzielenie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi w Pzp nie została przewidziana procedura wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią art.

138k Pzp zamawiający może przewidzieć powyższą regulację w dokumentacji postępowania. Z próbę takiej regulacji należy przyjąć treść rozdziału 11 pkt 7 IWZ. W odniesieniu do powyższej regulacji Izba przychyliła się do argumentacji przystępującego i uznała, że podstawa wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty wykonawców sformułowana w rozdziale 11 pkt 7 IWZ była zawężona, i nie może być utożsamiana z podstawą wzywania o wyjaśnienia na podstawie art. 90 Pzp. W związku z tym, że zakres uprawnień do badania ceny w okolicznościach sprawy jest węższy, niż w przypadku postępowania prowadzonego na zasadach ogólnych, badanie to od podstaw powinno zostać przeprowadzone przez Zamawiającego.

Art. 139 ust. 1

194. Wyrok z dnia 7 stycznia 2020 r., sygn. akt 2547/19

Możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2829/12 czy z dnia 29 listopada 2012 roku, sygn. akt KIO 2544/12, z dnia 15 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 771/13 oraz orzeczenia przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Osiągnięcie przez gminy odpowiednich poziomów recyklingu jest szczególnym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Istotnie należy przyznać rację Odwołującemu, że osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu należy pojmować raczej jako obowiązek gminy, a nie jej zadanie własne. Niemniej jednak nie można Zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu w ramach określonych frakcji i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciężającej na niej odpowiedzialności, wynikającej z mocy prawa, odnoszącej się do poziomu recyklingu przewidzianego w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku. Zatem zobowiązania wykonawcy do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu nie można oceniać jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie. Jeżeli gmina może powierzyć (a w zasadzie musi) wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu, to musi mieć także możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania. Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w skutecznej gospodarce odpadami prowadzonej w sposób selektywny. Temu właśnie celowi służy przewidzenie we wzorze umowy kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie bowiem to wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. W ocenie Izby w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku znowelizowanej w 2019 roku nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Gmina jedynie pośrednio uczestniczy w procesie selektywnej zbiórki odpadów, jej uprawnienia mają raczej wymiar informacyjno-edukacyjny, natomiast to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk. Gmina sama bowiem nie dokonuje odbioru odpadów, a to właśnie prawidłowe przeprowadzenie takich czynności odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy. Nie jest również zabronione przepisami uszczegółowienie obowiązku osiągnięcia określonych poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji w sposób sprecyzowany w postanowieniach umownych. (...) Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postano-

wień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W związku z powyższym ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy. Dlatego też w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. (...) W zakresie problematyki kontroli postanowień wzorców umownych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia wysokości kar umownych i zasad ich naliczania, godzi się przypomnieć, że zasada swobody kontraktowania, której naruszenia – w przekonaniu Odwoławczego – miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Zamawiający jest zazwyczaj uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Dominująca pozycja zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (tak ustawa o finansach publicznych) oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie, a realizujące zazwyczaj interes publiczny odnoszący się do ogółu społeczeństwa. Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta – strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących kar umownych przedstawione dotąd rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie, że Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku, należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą KIO jest zaś generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. W tym kontekście pamiętać trzeba, że – po pierwsze – postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie – wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący bądź minimalizujący. Nie było więc możliwe stwierdzenie naruszenia art. 484 § 2 KC, ten bowiem dotyczy miarkowania kar umownych. Proces ten dokonywany jest przez sąd powszechny, w konkretnej sprawie nałożeniu kary umownej w przypadku, gdy podmiot kwestionuje jej nałożenie przed sądem powszechnym. Przepis ten nie może zatem zostać naruszony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 151a ust. 5

195. Wyrok z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2137/19

Literalne brzmienie zacytowanego artykułu (art. 151 a ust. 5 ustawy Pzp) nie pozostawia wątpliwości co do tego, że ustawodawca wybór w przedmiocie form zabezpieczenia zwrotu zaliczki, z katalogu wskazanego w art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, pozostawił zamawiającemu

– odesłanie w art. 151a ust. 5 do treści art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie form wniesienia zabezpieczenia, rozumianych jako sposób ustanowienia zabezpieczenia, podczas gdy w „pozostajej części” norma ta statuuje prawo zamawiającego (nie wykonawcy) do wyboru jednej formy zabezpieczenia lub kilku.

Porównawczo przywołać należy przepis art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, który statuuje prawo wykonawcy do wyboru formy innego zabezpieczenia – zabezpieczenia należytego wykonania umowy: „Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku formach: (...)”. Nie sposób także pominąć, że zgodnie z art. 151a ust. 7 ustawy Pzp „(...) w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu”, zaś zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp to obowiązkiem zamawiającego jest objęcie treścią SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Zastrzeżenie wyboru form zabezpieczenia zaliczki dla zamawiającego płynące z przepisu art. 151a ust. 5 ustawy Pzp jest zatem spójne z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem objęcia treścią SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), jak w przedmiotowym postępowaniu, treścią wzoru umowy takich elementów, jak te wskazane w art. 151a ust. 7 ustawy Pzp w szczególności formy lub form zabezpieczenia zwrotu zaliczki.

Art. 179 ust. 1

196. Wyrok z dnia 23 października 2019 r., sygn. akt KIO 2031/19

Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu (wyrok z 22.05.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 921/17 czy też wyrok z 17.05.2018 r., sygn. akt KIO 840/18). Postępowanie odwoławcze ma mieć na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w artykule 179 ust. 1 Ustawy. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. (...) postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a raczej natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego Odwołujący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz.U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701 ze zm.), (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11).

197. Wyrok z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2088/19

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującej, która argumentowała, że w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy w przypad-

ku naruszenia przez zamawiającego przepisu rangi ustawowej w odniesieniu do każdej ustawy, którą zamawiający ma obowiązek przestrzegać. (...) Izba wskazuje, że z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wprost wynika, że środki ochrony prawnej uregulowane w Dziale VI ustawy Pzp przysługują określonym podmiotom w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Przedmiotem oceny Izby nie mogą być działania lub zaniechania zamawiającego w świetle przepisów innych, niż Prawo zamówień publicznych, ustaw, w szczególności Konstytucji RP oraz KPA. Argumentacja wykonawców, referująca do przepisów innych ustaw, może pełnić funkcję uzupełniającą względem zarzucanego przez wykonawcę naruszenia przepisów ustawy Pzp.

198. Wyrok z dnia 2 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2549/19

Każdy z tych wykonawców nie był przez zamawiającego badany w celu oceny braku przesłanek wykluczenia i spełniania warunków udziału, a bez tych czynności, żadna z ofert w stworzonym przez zamawiającego rankingu oferty (poza ofertą najkorzystniejszą) nie może być prawidłowo wybrana bez zakończenia procesu kwalifikacji podmiotowej. W konsekwencji w procedurze odwróconej ranking poniżej miejsca pierwszego jest jedynie rankingiem wstępnym, który ostatecznym może się stać w przypadku, gdy kolejne oferty zostaną ocenione jako najkorzystniejsze i wobec nich wdrożone zostanie badanie wykonawcy. Tym bardziej oczekiwanie, że wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji rankingu ofert będzie w ramach pierwszego wyboru podnosił zarzuty wobec ciągu ofert wykonawców sklasyfikowanych przed nim jest nadmierne i nie służy koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż i tak w sytuacji ujawnienia się podstaw wykluczenia czy okoliczności świadczących o niespełnianiu warunków przez wykonawców sklasyfikowanych poniżej pierwszej pozycji możliwość wniesienia środka ochrony prawnej realizuje się dopiero z chwilą zmiany na pozycji oferty wybranej, bo dopiero wówczas zostanie zakończone badanie wykonawcy i jego oferty.

199. Wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2585/19

Zaniechanie wykonania czynności unieważnienia postępowania narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. W tym kontekście należy podkreślić, iż stosownie do orzecznictwa TSUE interes w uzyskaniu „danego zamówienia” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp implementującego art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować szeroko i może on „dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (tak pkt 55 orzeczenia TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama oraz przywołane w nim wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C689/13, EU:C:2016:199, pkt 24). Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 01.03.2018 r., Sygn. akt: KIO 171/18 czytamy: Odwołujący zaskarżył jednocześnie decyzję zamawiającego o odrzuceniu własnej oferty i decyzję o udzieleniu zamówienia przystępującemu. W świetle ww. wyroku odwołujący miał do tego prawo, a interes w uzyskaniu danego zamówienia w tej sytuacji należy rozumieć także jako możliwość uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, które zostanie wszczęte w razie ewentualnego unieważnienia obecnego postępowania.

Powyższe orzecznictwo odnosi się wprawdzie głównie do sytuacji wniesienia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, czego konsekwencją byłaby konieczność unieważnienia postępowania z powodu braku ofert (w ustawie Pzp – art. 93 ust. 1 pkt 1), niemniej jednak powyższa wykładania znajduje swe analogiczne zastosowanie także do art. 93 ust. 1 pkt 2)-7) ustawy Pzp, które zobowiązują Zamawiającego do unieważnienia postępowania także w innych okolicznościach, niż brak prawidłowych ofert.

Znajduje to swe uzasadnienie w jednolitym orzecznictwie Izby, która aprobuje prawo wykonawców do wniesienia odwołania na zaniechanie czynności unieważnienia postępowania (tak w sprawach Sygn. akt KIO 144/18 z dnia 9.2.2018 r.; Sygn. akt: KIO 205/18 z dnia 20.2.2018 r.; Sygn. akt 241/18 z dnia 23.2.2018 r.; Sygn. akt: KIO 531/17 z dnia 19.4.2017 r.; Sygn. akt: KIO 669/18 z dnia 24.4.2018 r.). Także wyrok KIO z dnia 21.2.2018 r. Sygn. akt KIO 213/18, KIO 217/18, KIO 223/18: „Rozstrzygając tę kwestię Izba wzięła pod uwagę, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej należy rozumieć szeroko (np. orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*)”. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji.

Przyznanie prawa do wniesienia odwołania na zaniechanie wykonania obowiązku unieważnienia postępowania ma także na celu zapewnienie skuteczności stosowania przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisów ustawy Pzp w zakresie środków ochrony prawnej.

200. Wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19

Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego, jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że ceny zaoferowane przez niego we wszystkich częściach zamówienia przekraczają kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odnosząc się do powyższego, stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznawania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, nawet jeśli Zamawiający oświadcza, że nie zwiększy budżetu, oświadczenie takie nie ma bowiem charakteru ostatecznego i nie zostało poparte dowodami.

Nie sposób również zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący nie spełnia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na fakt, że wniesienie odwołania jest nadużyciem prawa, gdyż podnoszone zarzuty są wewnętrznie sprzeczne, bezpodstawne, jak również z uwagi na swoją gołosłowność, niespójne z uzasadnieniem samego odwołania. Kwestia wykazania zasadności zarzutów podlega ocenie Izby, nie można więc twierdzić, że wykonawca nie jest uprawniony do wniesienia odwołania dlatego, że strona przeciwna twierdzi, iż zarzuty są bezpodstawne i gołosłowne. Zaistnienie takiej okoliczności może prowadzić do oddalenia odwołania po jego merytorycznym rozpoznaniu, nie zaś do odmówienia wykonawcy możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej.

201. Wyrok z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 51/20

W ocenie składu orzekającego odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia wniesionego odwołania byłoby unieważnienie postępowania. Należy zwrócić uwagę, że spełnienie przez wnoszącego odwołanie przesłanki materialnej, zawartej w art. 179 ust. 1 p.z.p., należy badać na moment wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego – nawet prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć – nie pozbawiają wykonawcy prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, iż powinna być ona zdaniem odwołującego odrzucona przez zamawiającego. Zatem w ocenie Izby stanowisko zamawiającego, co do możliwego dalszego przebiegu postępowania, nie może pozbawić wykonawcy prawa do skorzystania z procedury odwoławczej. Oddalenie odwołania

nastąpiłoby nie z powodów oceny kwestionowanej czynności zamawiającego, ale ze względu na ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., którego w przyszłości może dokonać zamawiający – a którego skuteczność również może być przez wykonawców zaskarżona. Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w przepisach p.z.p., a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. W istocie przyjęcie przedstawionej w tym zakresie argumentacji zamawiającego spowodowałoby, iż dostęp do wnoszenia środków ochrony prawnej okazałby się fikcyjny.

Należy również dodać, iż wykładnia przesłanek koniecznych do posiadania legitymacji materialnoprawnej do wniesienia odwołania, dokonana przez zamawiającego, jest sprzeczna ze stanowiskiem TSUE, wyrażonym w orzeczeniu z 05.04.2016 r., wydanym w sprawie C-689/13 oraz w orzeczeniu z 04.07.2013 r., wydanym w sprawie C-100/12, gdzie wskazano na konieczność szerokiej interpretacji interesu w uzyskaniu zamówienia – nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia środka zaskarżenia miałoby być unieważnienie postępowania – co skład rozpoznający odwołanie podziela. Należy przy tym podkreślić, że dokonując wykładni przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, należy mieć na uwadze obowiązek pro-unijnej wykładni prawa krajowego, wynikający z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który polega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z norm prawa unijnego.

202. Wyrok z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20

W ocenie Izby, mając na uwadze, iż zgodnie z § 21 SIWZ Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp), tj. najpierw dokonuje oceny ofert, a dopiero później bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i wzywa go na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów, to nie sposób odmówić wykonawcom, których oferty zostały sklasyfikowane na trzecim i dalszym miejscu w rankingu ofert (...) interesu w uzyskaniu zamówienia. W przypadku bowiem wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej, wynik przetargu pozostawał będzie otwarty. Na obecny etap postępowania nie można przesądzić, czy wykonawcy, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta podmiotów wnoszących odwołanie, w przypadku wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów, wykazaliby się spełnianiem warunków podmiotowych. Sprowadza się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza. Na powyższą ocenę nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, czy w odwołaniu podniesione zostały zarzuty względem wszystkich ofert wyprzedzających odwołującego w rankingu, istotne jest bowiem zakwestionowanie wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, która jako jedyna na obecnym etapie podlegała pełnemu badaniu przez Zamawiającego.

Art. 180 ust. 1

203. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt XXIII 1023/19

Trybunał podkreślił, że każda decyzja zamawiającego, mająca związek z naruszeniem przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych, podlega kontroli w ramach postępowania

nia odwoławczego. Nie ma przy tym znaczenia forma czy treść takiej decyzji ani też moment jej podjęcia. Ponadto skoro art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy 89/665/EWG przewiduje możliwość unieważnienia bezprawnych decyzji zamawiającego w odniesieniu do specyfikacji technicznych lub innych dokumentów związanych z udzielanym zamówieniem, to oznacza, iż kontrola obejmuje również działania zamawiającego podjęte jeszcze przed ogłoszeniem o przetargu. Jakakolwiek zatem interpretacja pojęcia „decyzji” zamawiającego będzie podlegała kontroli będzie sprzeczna z postanowieniami dyrektywy 89/665/EWG. W ocenie Trybunału dyrektywa odwoławcza nie definiuje wyraźnie zakresu środków odwoławczych, jakie państwa członkowskie powinny ustanowić w celu kontroli. Biorąc jednak pod uwagę cel sformułowany w art. dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym państwa członkowskie podejmują niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego odwołania od decyzji zamawiających naruszających unijne prawo zamówień publicznych, należy stwierdzić, że procedury odwoławcze przewidziane w tym przepisie mają służyć zachowaniu istotnych zasad prawa Unii Europejskiej, w szczególności tych przewidzianych w dyrektywie 2014/24fUE lub w krajowych przepisach implementujących. Środki przewidziane w dyrektywie 89/665/EWG mają zatem służyć kontroli zgodności z prawem, a nie kontroli celowości.

Dodać należy, że zgodnie z przywołaną dyrektywą do kompetencji państw członkowskich należy wybór organu czy instytucji, na forum których przeprowadzana będzie kontrola. Z postanowień dyrektywy wynika, że postępowanie odwoławcze może się toczyć na forum instytucji, która nie ma charakteru władzy sądowniczej. W takim jednak przypadku państwa członkowskie muszą zapewnić możliwość wnoszenia środków odwoławczych przed organ, który ma charakter sądowniczy w rozumieniu prawa krajowego. Niemniej jednak nie ogranicza to kognicji takiego organu odwoławczego – ten organ odwoławczy ma uprawnienia do zbadania wszelkich decyzji zaskarżonych przez uczestników postępowania w sprawie zamówienia publicznych. A przez decyzję, jak wskazano już wyżej, rozumie się każdą czynność zamawiającego. Chodzi o kontrolę zgodności z prawem takiej decyzji. W tym kontekście wskazać należy, że określenie uprawnienia organu odwoławczego do kontroli zgodności z prawem odnosi się do zgodności z prawem, a nie wyłącznie prawem zamówień publicznych. Z tych powodów w ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie wykroczyła poza zakres swojej kognicji, oceniając zgodność wzoru umowy stanowiący załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z przepisami również kodeksu cywilnego. Uwagi te poczynione zostały niejako celem wyjaśnienia stanowiska Sądu Okręgowego co do oceny zakresu kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, słusznie bowiem podnosili w odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi oraz przystępujący po stronie odwołującego/przeciwnika skargi zarzut braku kognicji Krajowej Izby Odwoławczej winien być podnoszony przez zamawiającego/skarżącego już na etapie wnoszenia odpowiedzi na odwołanie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgłoszenie takiego zarzutu na etapie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej ocenić należy jako spóźnione w świetle regulacji art. 189d prawa zamówień publicznych. Aczkolwiek wskazać również należy, że Sąd Okręgowy ma obowiązek zbadać taki zarzut, gdyż odnosi się on do kwestii formalnych.

Art. 180 ust. 3

204. Wyrok z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2272/19

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifika-

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

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

205. Wyrok z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2309/19

(...) odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wnie-

sienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe, Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnieszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Art. 182 ust. 3

206. Wyrok z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2263/19

W przypadku odwołania wobec zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych TP (red. tajemnica przedsiębiorstwa), w wyjaśnieniach złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy przyjąć termin, posiłkując się treścią przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. (...) Dyspozycja omawianego przepisu, w sposób bezpośredni reguluje termin na udostępnienie wykonawcom wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż terminem tym jest termin po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem wyjaśnienia takie stanowią załączniki do protokołu z postępowania.

Przekładając powyższe ustalenia na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż termin na wniesienie środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu zaczął biec od dnia podania do publicznej wiadomości informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. od dnia 28 października 2019 roku. Oznacza to, że odwołujący, składający swoje odwołanie w dniu 7 listopada 2019 roku, dochował należytej staranności i wniósł odwołanie, na zaniechanie czynności zamawiającego, w terminie określonym przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Nie można również pominąć faktu, iż z dniem zawiadomienia o wynikach prowadzonego postępowania (wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu postępowania), zamawiający *de facto* informuje wykonawców, iż zakończył proces badania wszystkich ofert, ze wszystkimi skutkami takich ocen i decyzji. Skoro zatem zamawiający, w dniu 28 października 2019 roku, zawiadomił wykonawców, że taki proces dobiegł końca, to dopiero od tego dnia może zacząć biec termin na wnoszenie środków ochrony prawnej.

Odwołującemu, w dniu 29 października 2019 roku, zamawiający udostępnił dokumentację postępowania, jednakże z ograniczeniem wynikającym z uwzględnieniem zastrzeżenia TP,

wyjaśnień przystępującego, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, na tę czynność zamawiającego, skutecznie wniósł odwołanie.

Art. 185 ust. 2

207. Wyrok z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2223/19

(...) zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane, nie za pośrednictwem skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, jak wymaga ww. rozporządzenie, ale za pomocą poczty elektronicznej. Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że wskazywane przez zgłaszającego przystąpienie w wiadomości e-mail z dnia 8 listopada 2019 r. błędy w przesyle drogą elektroniczną, należy uznać za okoliczność niepotwierdzoną. Zgłaszający przystąpienie ani do maila z dnia 8 listopada 2019 r., ani do maila z dnia 12 listopada 2019 r. nie załączył żadnych dowodów potwierdzających czasowe niedziałanie skrzynki podawczej Izby w wyniku awarii lub zaistnienia innych okoliczności powodujących niemożność z jej skorzystania, np. przerwę techniczną. Zgłaszający przystąpienie mógł przesłać komunikat o czasowej awarii skrzynki lub zrobić zrzut z ekranu, na którym potwierdzona zostałaby informacja o niemożności z jej skorzystania. W związku z tym Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie przesłał swoje pismo w sposób niezgodny z dyspozycją art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp w związku z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 maja 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

208. Wyrok z dnia 8 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2550/19, KIO 2551/19

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wprawdzie pisma ze zgłoszeniami przystąpień zostały nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 20 grudnia 2019 r. (por. stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszeń przystąpień w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 20 grudnia 2019 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pism do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której Sąd stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpień (...) do postępowań odwoławczych wniesiono z uchybieniem ustawowego 3-dniowego terminu do ich wniesienia co skutkowało niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Art. 186 ust. 2–3a**209. Wyrok z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt KIO 2004/19**

Izba wskazuje, że brak wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu może wskazywać na pozorność uwzględnionego odwołania. Tymczasem przepis wyraźnie nakłada na Zamawiającego obowiązki jakie należy wykonać, uwzględniając odwołanie. Wynika z nich konieczność zadośćuczynienia postulatом zawartym w odwołaniu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 roku sygn. akt. KIO 1174/17 zgodnie z którym: *Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji, czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego. Wobec powyższego, niewypełnienie przez Zamawiającego ciężącego na nim obowiązku, wywołuje ten skutek, że Odwołujący może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności, powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów.*

210. Wyrok z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19

Odnosząc się natomiast do spornej między Stronami postępowania odwoławczego kwestii wykonania żądania Odwołującego w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, Izba wskazuje, iż aby uczynić zadość żądaniu odwołania Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym odtajnić zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty, a następnie powtórzyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszystkie ww. żądania zostały sformułowane przez Odwołującego w treści odwołania. Wskazać należy, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wieńczy wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wybór oferty wykonawcy najpełniej spełniającej wymogi zamawiającego. Po zawiadomieniu wykonawców o ostatecznym wyniku postępowania zamawiający nie dokonuje już żadnych innych czynności związanych z badaniem czy oceną ofert. Tym samym za nieprawidłowe należałoby uznać działanie Zamawiającego polegające na odtajnieniu pewnych dokumentów dotyczących oferty XXX po wyborze najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym utrzymaniem w mocy czynności wyboru oferty tego wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż zaniechanie odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wskutek odtajnienia tych informacji konkurenci będą mogli zweryfikować prawidłowość działań Zamawiającego odnoszących się do oceny informacji, zawartych w części niejawnej oferty wykonawcy XXX. Jednocześnie będą mogli ewentualnie formułować zarzuty, których nie byli w stanie postawić z uwagi na brak dostępu do tych danych. Nie można także wykluczyć, że efektem tych działań może być odrzucenie oferty wykonawcy XXX czy też wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Tym samym jeśli Zamawiający uznał, iż popełnił błędy na etapie badania oferty wykonawcy XXX, bowiem zaniechał odtajnienia dokumentów bezzasadnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, to zdaniem Izby, winien wrócić do tego etapu, unieważniając w pierwszej kolejności czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

211. Wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2628/19

Samo wskazanie w przepisie art. 186 ust. 3, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze środków ochrony prawnej. Przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowiłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny, niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norm art. 186 ust. 3 Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą (i w jego sferze wywołuje skutki prawne), nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności, musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. W takim ujęciu ograniczenie się do literalnej wykładni art. 186 ust. 2 i 3 dokonywanej przez odwołujących łączyłoby się zatem z naruszeniem innych przepisów ustawy". (...) Izba wskazuje, że istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 2 ustawy sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego, interesem Zamawiającego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez Zamawiającego wiąże bowiem Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Stąd w razie wniesienia odwołania wobec wykonanych przez Zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem i uzasadnionym interesem Zamawiającego. Z tego względu Zamawiający dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraza się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy, a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy, naruszenie w toku postępowania przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów. Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że Zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jak również przy uwzględnieniu uzasadnionych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Art. 187 ust. 8

212. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 156/20, KIO 171/20

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. (...) Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

213. Postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt VII Ca 319/19

Odwołujący jest dysponentem postępowania wywołanego wniesieniem odwołania do KIO i może je cofnąć w każdym czasie, tj. zarówno przed rozprawą, jak i w jej trakcie, pod warunkiem, że nastąpi ono do czasu zamknięcia rozprawy. Motywy jakimi kieruje się odwołujący cofając odwołanie nie mają żadnego wpływu na sposób rozstrzygnięcia co do zwrotu wpisu. Ich analiza jest wyłączona spod kontroli Izby, która umarzając postępowanie wywołane odwołaniem, daje pierwszeństwo woli odwołującego, albowiem nie można przymuszać strony do prowadzenia postępowania odwoławczego. Dlatego też przytaczanie przez skarżącą okoliczności faktycznych, które legły u podstaw cofnięcia odwołania były obojętne dla samego rozstrzygnięcia o poniesionych kosztach.

Przepis, na podstawie którego Izba rozstrzygnęła zwrot części wpisu, jest jasny i nie budzi wątpliwości. Wpis ten zostały rozliczony w sposób prawidłowy również w świetle § 5 ust. 1 pkt 3a 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. 2018.972 t.j. z dnia 22.05.2018). Mianowicie w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczony tytułem wpisu, jeżeli odwołanie zostało cofnięte przed otwarciem rozprawy.

214. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 sierpnia 2019 r., sygn. akt Ga 852/19

W kontekście niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce po wydaniu zaskarżonego orzeczenia, a przed jego doręczeniem skarżącym (dnia 11 czerwca 2019 r.). Nie można zgodzić się wszakże z zaprezentowaną w skardze wykładnią art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze, która tak naprawdę prowadzi do przyjęcia tezy, że możliwe jest także cofnięcie odwołania po wydaniu postanowienia odrzucającego odwołanie. Zawarty w tym przepisie określnik czasowy, zgodnie z którym odwołanie może być cofnięte aż do zamknięcia rozprawy nie wyłącza stosowania art. 189 ust. 2 i 2, które dają uprawnienie KIO do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym. W takich przypadkach rozprawy nie wyznacza się. Dodać trzeba, że w takim przypadku uczestnik postępowania odwoławczego nie jest pozbawiony możliwości obrony, gdyż może zaskarżyć do sądu całość rozstrzygnięcia, co nie miało miejsca w omawianej sprawie.

Powyższe prowadzi do następujących wniosków. Cofnięcie odwołania jest możliwe do zamknięcia rozprawy, lecz nie ogranicza to możliwości jego odrzucenia na posiedzeniu niejawnym. W tym przypadku wydanie orzeczenia uniemożliwia skuteczne cofnięcie odwołania już po wydaniu tego rodzaju orzeczenia.

215. Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 602/19

Skoro ustawodawca nie posłużył się pojęciem „w dniu rozprawy”, to sformułowanie „na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy” jest równoznaczne ze stwierdzeniem w przeddzień, przed upływem doby. W tej sytuacji zasądzenie kosztów od odwołującego było prawidłowe.

Ponadto użyty w art. 192 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym (wyrok KIO 598/17 z dnia 11-04-2017).

Co do zasady powód cofający pozew lub strona cofająca środek zaskarżenia jest formalnie przegrywającym proces (bądź postępowanie odwoławcze), który powinien – zgodnie z art. 98 par. 1 k.p.c. i 203 par. 2 k.p.c. zwrócić koszty procesu przeciwnikowi – na jego żądanie. Przykładowo: „Stronę cofającą środek zaskarżenia uznaje się za przegrywającą sprawę, zatem w związku z cofnięciem apelacji przez wnioskodawczynię koszty procesu należą się uczestnikowi.” – postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2011 r., I CZ 22/11.

Sąd Okręgowy nie stwierdził również naruszenia przez Izbę dyspozycji art. 192 ust. 10 Pzp w zw. z art. 102 oraz art. 103 par 1 k.p.c. Przepis art. 102 k.p.c. przewiduje wyjątek od zasady odpowiedzialności strony przegrywającej sprawę za koszty procesu (art. 98 par. 1 k.p.c.). Przepis ten stanowi, że w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów procesu albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. Ustalenie, czy w sprawie zachodzi „wypadek szczególnie uzasadniony”, zależy od swobodnej oceny sądu, w tym wypadku Izby.

Skarżący upatruje podstaw do zastosowania powołanych wyżej przepisów w zachowaniu zamawiającego, który, zdaniem odwołującego, zbyt późno udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem Sądu Okręgowego rozważania skarżącego o terminie otrzymania od zamawiającego odpowiedzi na odwołanie są bezprzedmiotowe, skoro odwołujący otrzymał ją dopiero po cofnięciu odwołania, zatem jej treść nie mogła mieć wpływu na zachowanie odwołującego. Skarżący zresztą nie wyjaśnił, dlaczego tak późno zdecydował się cofnąć odwołanie.

216. Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 listopada 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1257/19

Bezsporne w sprawie było, iż odwołanie zostało cofnięte w dniu 27 czerwca 2019 r. (o tym fakcie Skarżący dowiedział się tego samego dnia, o godz. 16.03), natomiast termin posiedzenia został wyznaczony na dzień 28 czerwca 2019 r.

Argumentacja Skarżącego odwołująca się do przepisów kodeksu cywilnego (przy obliczaniu terminów) nie była trafna. (...) Oczywistym więc musi być, iż „dzień” to dzień kalendarzowy, który ma 24 godziny, a tym samym dzień następny rozpoczyna się po północy (0:00 23.59,59). Zdaniem Skarżącego powinien Sąd badać, czy została wniesiona przedmiotowa skarga po zachodzie słońca, czy też po godzinach urzędowania sądu? Oczywiście jest to pytanie retoryczne.

Mając powyższe na uwadze, jeśli ustawodawca zdecydował się (w swojej mądrości) na takie zredagowanie przepisu, to rozumowanie KIO jest prawidłowe i sformułowanie „mniej niż dzień przed dniem” musi oznaczać dzień posiedzenia/rozprawy.

Diametralnie inna sytuacja byłaby gdyby, wskazano jednostkę czasu w godzinach i przykładowo „mniej niż 24 godziny przed dniem posiedzenia/rozprawy”. W takim wypadku cofnięcie odwołania 18 godzin przed, uzasadniałoby zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym. W obecnym jednak stanie prawnym cofnięcie odwołania „dzień przed” nie jest „mniej niż dzień przed”.

Art. 189 ust. 2 pkt 2

217. Wyrok z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 322/20

Rozpoznając wniosek Zamawiającego odnośnie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 179 ust. 1 Pzp Izba stwierdziła, że wniosek jest niezasadny. W tym przypadku zamawiający w zakresie tego wniosku stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu na wskazanej podstawie prawnej jako złożone przez podmiot nieuprawniony, albowiem Konsorcjum podlegałoby wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, gdyby Zamawiający zgodnie z wnioskiem odwołania dokonał ponownej oceny ofert. W niniejszej sprawie oferta wnoszącego odwołanie wykonawcy nie została dotychczas odrzucona, także ten wykonawca nie został dotychczas wykluczony z postępowania. Zatem odwołanie wbrew twierdzeniom zamawiającego zostało wniesione przez podmiot uprawniony i wnoszący odwołanie wykonawca miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania, w szczególności skutkiem zaskarżonych czynności, w tym wyborem oferty konkurencyjnego wykonawcy może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, o ile potwierdziłyby się podnoszone w odwołaniu zarzuty. Izba podkreśla, że ten wykonawca – kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej – do czasu uczestnictwa w postępowaniu będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

218. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 188/20, KIO 221/20

W orzecznictwie Sądu Najwyższego jako moment złożenia oświadczenia elektronicznego uznaje się chwilę przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (por. postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12.). Natomiast obowiązek zapewnienia drożności samego urzędnika, które służy do obsługi elektronicznego kanału komunikacji, właściwej konfiguracji skrzynki pocztowej, jej regularnego opróżniania obciąża odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. W doktrynie prawa cywilnego akcentuje się bowiem, że w normalnym toku czynności mieści się konieczność zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urzędnika adresata, które wskazał on nadawcy jako możliwy do wykorzystania środek komunikacji (por. Kodeks Cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Wydawnictwo C.H. Beck wyd. 4, Warszawa 2011, s. 154). Zaś zamawiający wyraźnie wskazał wykonawcom w SIWZ m.in. tę skrzynkę poczty elektronicznej jako jeden z kanałów komunikacji. W ocenie Izby okoliczności typu przepełnienie tego konta poczty elektronicznej obciążają odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. Z omawianego powodu błąd polegający na braku możliwości zapisania wiadomości przez serwer pocztowy zamawiającego ubz.pl w skrzynce pocztowej „zamówienia” z powodu jej przepełnienia (komunikat: maildrop: maildir over quota) obciążał zamawiającego.

Art. 190 ust. 1

219. Wyrok z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2044/19

Należy przypomnieć również, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Izbą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów, na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a więc to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie osób są wadliwe czy budzą obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie poddała ciężącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie odwołania.

Skuteczne podważenie oceny oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego, której dokonał zamawiający – i wykazanie, że doszło w tym zakresie do naruszenia prawa, a tym samym, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy – wymaga, aby odwołujący wskazał na błąd, który popełnił zamawiający. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez przyzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniliby oświadczenia z wykazu przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym, że uzasadnionym byłoby chociażby wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Stanowisko odwołującego o rzekomych wadach wykazu kadry przystępującego pozostało w sferze gołosłownych twierdzeń strony, które nie tylko nie zostały wykazane, bowiem zaniechano jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, ale również były wprost sprzeczne z brzmieniem dokumentacji postępowania.

Warto zauważyć, że wykaz osób stanowi oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego i aby skutecznie podważyć wiarygodność takiego dokumentu, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu – na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że kadra przystępującego nie posiada wymaganego doświadczenia. Przy tym ciężar obalenia rzetelności wykazu osób przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, a zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości.

220. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 148/20

Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, prze-

de wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09). Strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie poddała ciężącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Aby skutecznie wykazać, że na etapie wykonywania umowy sporny potencjał nie będzie dostępny dla zamawiającego, a tym samym doprowadzić do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie czy odrzucenia jego oferty, nie można pominąć odniesienia się do realiów realizacji zamówienia. Innymi słowy, ocena, czy zamawiający będzie dysponował kadrą i urządzeniami wykonawcy w toku realizacji umowy nie może nie odnosić się do szeroko pojętych warunków świadczenia usługi. Niezbędne jest bowiem wykazanie, że umowa nie będzie realizowana – a przynajmniej z przyczyn obiektywnych nie będzie mogła być wykonywana – przez sporne zasoby, i dopiero wtedy można dokonać oceny, czy zaangażowanie personelu i sprzętu jest realne, czy fikcyjne, jak podnosił odwołujący.

Skład orzekający wskazuje dalej, że o ile logicznym jest absurd formułowania tzw. negatywnych tez dowodowych (na okoliczność braku względnie nieistnienia przedmiotu tezy dowodowej), to za wyrokiem Sądu Najwyższego z 16.04.2003 r. w sprawie sygn. akt II CKN 1409/00 należy wskazać, że „Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną”. Zatem odwołujący powinien chociażby odnieść się do treści dokumentacji postępowania i na tej podstawie zbudować argumentację, że nie będzie możliwe posługiwanie się tym samym potencjałem w kilku nadleśnictwach – np. poprzez wskazanie treści SIWZ, która zakazuje wykonywania w czasie trwania umowy usług dla innych zamawiających bądź w taki sposób angażuje kadrę i sprzęt, że nie będzie możliwe świadczenie usług leśnych w różnych nadleśnictwach, czy że harmonogram wykonywania usług nie pozwala na jednoczesne zaangażowanie w różne zamówienia, bądź że określenie sposobu realizacji zamówienia wyłącza wykonywanie w czasie trwania umowy innych zleceń.

221. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19

Zasada uregulowana w art. 190 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi odzwierciedlenie zasady wyrażonej w art. 6 KC, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej – to jest najistotniejsze w rozpatrywanej sprawie konsekwencjami porzucenia realizacji tego lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dnia 6 listopada 2018 r., KIO 2173/18).

Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż w postępowaniu przed KIO, stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, iż to wadliwe działanie Platformy Informatycznej udostępnionej przez Zamawiającego uniemożliwiło mu skuteczne złożenie oferty. Powyższe twierdzenie stanowiło więc oś całego postępowania odwoławczego i miało kluczowe znaczenie dla uwzględnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący powinien więc, w świetle art. 190 ust. 1 Pzp, wykazać inicjatywę dowodową celem wykazania prawdziwości swoich twierdzeń co do powyższej okoliczności.

W ocenie Sądu Okręgowego Odwołujący nie sprostował ciężącemu na nim obowiązkowi. Materiał dowodowy w postaci oświadczeń innych wykonawców, w świetle którego zaznali oni szeregu technicznych problemów przy składaniu ofert, nie potwierdza, że w przypadku oferty Odwołują-

cego, niemożność jej złożenia wynikała z wadliwego działania Platformy Zamawiającego. Przedmiotowe Oświadczenia można co najwyżej uznać za środek uprawdopodobnienia, bardzo wąskiego zresztą, okoliczności podnoszonych przez Odwołującego, nie zaś za dowód je potwierdzający. Nie sposób bowiem pominąć, iż Oferenci, którzy złożyli przedmiotowe oświadczenia zdołali skutecznie złożyć oferty, Odwołujący zaś nie. Przy czym konstatacja Izby co do tego, że w przypadku innych oferentów Platforma mogła „wreszcie” zadziałać, zaś w przypadku Odwołującego nie, stanowi jedynie niczym nieoparte przypuszczenie, nie zaś dowiedzioną okoliczność, wobec czego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia. (...) Zdaniem Sądu Okręgowego uwypuklenia wymaga, iż zaprzeczenie w toku postępowania odwoławczego, przez Zamawiającego jakoby wystąpiły po jego stronie okoliczności uniemożliwiające Odwołującemu złożenie oferty, nie oznacza, że ciężar dowodu co do wystąpienia takich okoliczności został przerzucony z Odwołującego na Zamawiającego. Takie zaprzeczenie oznacza jedynie, iż Zamawiający nie zgadza się z zasadniczą tezą Odwołującego i nie akceptuje jej w żaden (nawet milczący) sposób.

Co więcej kontrydiktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń, ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania. To jednak nie oznacza, że nawet gdyby Zamawiający nie przedstawił dowodów przeczących twierdzeniom Odwołującego, to w takiej sytuacji należałoby uznać okoliczności podnoszone przez Odwołującego za dowiedzione. (...) Podkreślić należy, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, że to nie po stronie Zamawiającego stała przyczyna niezłożenia przez Odwołującego oferty, przeszedłby na Zamawiającego jedynie wtedy, gdyby Odwołujący przedstawił wystarczający materiał dowodowy potwierdzający jego twierdzenia. To zaś w niniejszym postępowaniu nie nastąpiło.

Art. 190 ust. 1a

222. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19

(...) odnosząc się do dowodów złożonych, w toku rozprawy przez XXX, Izba wskazuje, że dowody te nie mogły zostać wzięte pod uwagę. Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to, aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działaniem wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podejmując stosowne działania i intensyfikując wysiłek w zakresie skompletowania dowodów mających uwiarygodnić jego stanowisko dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą.

223. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2517/19

Następnie zauważyć należy, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Podkreślić jednak należy, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być

rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przetrzymać na zamawiającego czy też uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (por. KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

224. Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt II Ca 653/19

To właśnie odwołujący, skoro dalej kwestionował wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, winien był sformułować takie zarzuty i naprowadzić takie wnioski dowodowe, które powyższą ocenę by podważyły. Co istotne, zarzuty skarżącego nie mogą się sprowadzać do ogólnikowego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, winien on podnosząc taki zarzut, podać konkretne okoliczności faktyczne, które w realiach danej sprawy pozwoliłyby na wyprowadzenie takiego wniosku (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2015 r., KIO 1377/15).

Tymczasem przeciwnik skarżącego powyższemu ciężarowi dowodu w żadnym razie nie sprostał, w szczególności odwołujący na etapie postępowania odwoławczego, poza ogólnym zarzutem rażąco niskiej ceny, nie sformułował żadnych konkretnych zarzutów odnośnie tego, jakie pozycje składające się na cenę ofertową zostały przez wykonawcę zanizone. Pomimo tego że chociażby na podstawie dostępnego formularza cenowego wykonawcy, będącego załącznikiem do oferty, był on w stanie takie zarzuty sformułować. Formularz ten niewątpliwie dawał odwołującemu możliwość do tego, by dokonując przesłedzenia cen i stawek jednostkowych proponowanych w ofertach wykonawcy, wskazać jakie konkretnie pozycje i z jakich względów budzą jego zastrzeżenia. Tymczasem odwołujący się żadnych konkretnych zarzutów w tym zakresie nie podniósł, zaś ogólnikowe zarzuty przezeń podniesione nie mogły stanowić dla KIO podstawy poczynionej oceny co do nieprawidłowej czynności zamawiającego, a w konsekwencji wpłynęły na wadliwość zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia

Art. 190 ust. 3

225. Wyrok z dnia 11 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2334/19

Odnosnie opinii złożonych przez Odwołującego (...), w tym opinii biegłego sądowego, Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne stanowią stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16). Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym (*nemo iudex in causa sua*), to przekłada się

na wątpliwości co do bezstronności biegłego. Tym bardziej gdy materiał badawczy określa strona, która swobodnie udostępnia (lub nie) pełne informacje o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji: „nie można wykluczyć swoistego „dopasowywania” opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, „solidaryzowania się” jej autora z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem stosownego opracowania w określonym celu, zleceniobiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)” – tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30.06.2017 r., sygn. akt: III Ca 531/17. Nadto należy stwierdzić, za wyrokiem KIO z 25.02.2019 r., sygn. akt: KIO 181/19, że: „w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnioski dowodowe, których celem nie jest stwierdzenie faktów, a transponowanie do materiału dowodowego subiektywnych ocen, ocen co do prawa, stanowiska co do wykładni czy polemik o charakterze prawnym są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Omawiany „dowód” ma taki właśnie charakter – nie został powołany na okoliczność faktów, a stanowi nic więcej, jak próbę transponowania do materiału dowodowego ocen, twierdzeń i subiektywnych przekonań autora co do tego jak należy interpretować SIWZ. Powyższa zaś kwestia, tj. interpretacji postanowień SIWZ znajduje się w kognicji Izby, a nie autora opinii prywatnej. Z uwagi na to, wniosek dowodowy w tym zakresie należało pominąć jako niedopuszczalny, albowiem nie zmierzający do ustalenia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne”.

Art. 190 ust. 6

226. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 222/20

Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z zeznań świadków. W odniesieniu do dowodu z zeznań p. XXX, Izba miała na względzie, iż okoliczności, co do których świadek miałby złożyć zeznania nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, a ponadto wynikały z przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie korespondencji mailowej. Ponadto Izba ustaliła, iż ww. osoba jest pracownikiem Odwołującego, a zatem jej zeznania sprowadzałyby się w istocie do uszczegółowienia stanowiska Odwołującego, co uzasadnia, że osoba ta powinna występować raczej w charakterze pełnomocnika Odwołującego a nie w roli świadka, czyli osoby trzeciej, nieuczestniczącej co do zasady w objętym postępowaniem odwoławczym sporze. Jak odzwierciedlono w protokole rozprawy, Pan XXX został ostatecznie ustanowiony pełnomocnikiem w sprawie i przedstawił stanowisko w imieniu Odwołującego. Z kolei w odniesieniu do dowodu z zeznań p. XXX, Izba również stwierdziła, iż okoliczności, co do których świadek miałby złożyć zeznania nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia jako, że dotyczyły kwestii wiarygodności dokumentu, który nie stanowił podstawy dla dokonanej przez Izbę oceny, a ponadto wynikały z przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie korespondencji mailowej. Dla oceny zasadności zarzutu będącego przedmiotem sporu wystarczający był zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, co powodowało, że przeprowadzenie ww. dowodu zmierzającego do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Art. 190 ust. 7

227. Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 21 maja 2019 r., sygn. akt Ga 128/19

Podważenie oceny dowodów dokonanej przez Izbę, w kontekście treści przepisu, którego naruszenie zarzuca skarżący, nie może sprowadzać się do przedstawienia własnej oceny,

nawet jeśli ocena ta jest przekonująca. Nie wystarczą stwierdzenia, że ustalenia faktyczne są wadliwe ani też wskazanie stanu faktycznego, który – zdaniem skarżącego – odpowiada rzeczywistości. Taki sposób podważania oceny dowodów dokonanej przez Izbę, nawet jeśli może ona budzić zastrzeżenia, z reguły spotyka się z trafnym stwierdzeniem sądu wyższej instancji, że jest to zwykła polemika, która nie może odnieść skutku. Takiej ocenie dowodów nie można przeciwstawiać własnej oceny – przeciwnie konieczne jest wskazanie, umiejscowionych w realiach danej sprawy, przyczyn, dla których ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w art. 190 ust. 7 pzp. Należy wykazać, że Izba wyraźnie, w jakikolwiek sposób przekroczyła granice swobodnej oceny dowodów. (...) Sąd Najwyższy, w jednej ze swoich uchwał podjętej w składzie siedmiu sędziów, a odnoszącej się właśnie do analogicznego przepisu – art. 233 § 1 k.p.c. (Uchwała (7) SN z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124), wskazał wyraźnie, iż „same nawet bardzo poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice określone w art. 233 § 1 k.p.c., nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska”. W tym więc zakresie Sąd Okręgowy stwierdza, iż twierdzenia i zarzuty zawarte w skardze, a odnoszące się do kwestii zasad gromadzenia i oceny dowodów, oraz ustalenia na ich podstawie stanu faktycznego w sprawie niniejszej, stanowią li tylko polemikę z tak, a nie inaczej dokonanymi ustaleniami KIO, które w świetle opisanych powyżej, są jak najbardziej prawidłowe.

228. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt VII Ga 298/19

Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 7 PZP skład orzekający ocenia wiarygodność oraz moc każdego z dowodów według własnego uznania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Dokonana przez skład orzekający ocena dowodów powinna znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu orzeczenia (zgodnie z art. 196 ust. 4 PZP, w ramach podania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, muszą zostać podane fakty uznane za udowodnione, wskazane dowody, na których Izba się oparła, i przyczyny, dla których odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej pozostałym dowodom). Należy podkreślić, że do interpretacji zasad oceny dowodów wynikających z art. 190 ust. 7 PZP można poprzez analogię stosować zasady oceny dowodów dotyczące procedury cywilnej, wynikające z art. 233 par. 1 k.p.c. Sprzeczność dokonanych ustaleń z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego rzeczywiście będzie zachodziła, jeżeli wystąpi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej doszedł sąd (w przypadku postępowania odwoławczego KIO), na jego podstawie. W sytuacji gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego rozumowania, to oznacza, że sąd (KIO) wyprowadził błędny logicznie wniosek z ustalonych przez siebie okoliczności, a zatem naruszył ww. ustawowe zasady oceny materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19.8.2016 r., I ACa 259/16, Legalis).

Art. 191 ust. 3

229. Wyrok z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 222/20

Izba nie uwzględniła ponadto wniosku Odwołującego, który wpłynął w dniu 17 lutego 2020 r., po zamknięciu rozprawy, a przed ogłoszeniem wyroku, o otwarciu rozprawy na nowo i dopuszczenie dowodu z pisma p. XXX z dnia 14 lutego 2020 r. Izba miała na względzie, iż zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej

zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Analogicznie, jak w odniesieniu do wyżej omówionych dowodów z zeznań świadków, okoliczności, których dotyczył wniosek Odwołującego po pierwsze zostały już podniesione w postępowaniu odwoławczym, a na ich potwierdzenie Odwołujący złożył na rozprawie dowód w postaci korespondencji mailowej, a po drugie nie stanowiły, w ocenie Izby, okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, jako że dotyczyły one podważenia wiarygodności dokumentu, który nie stanowił podstawy oceny dokonanej przez Izbę.

Art. 192 ust. 1

230. Wyrok z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2129/19

Zamawiający w omawianym zakresie, podlegającym umorzeniu, uwzględnił zarzuty odwołania (uwzględnienie zarzutów odwołania w części) co podniósł w złożonym piśmie procesowym, jak również oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron postępowania. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie zostało wniesione żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu.

Izba wskazuje, że umarżając postępowanie odwoławcze w części uwzględnionych zarzutów odwołania na skutek uwzględnienia tych zarzutów przez Zamawiającego, nie dokonuje oceny dokonanych czynności przez Zamawiającego czy też oceny zasadności przedstawianej argumentacji jaka legła u podstaw czynności Zamawiającego. Umarżając częściowo postępowanie odwoławcze, Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania, które w części zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

231. Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2220/19

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w szeregu orzeczeń Izby, m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

232. Wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 156/20, KIO 171/20

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu, Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 4, 5 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło

się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3, 6, 7 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2, 4, 5) i formalnym (pkt 3, 6, 7), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Art. 192 ust. 3 pkt 2

233. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19

Rozstrzygając w przedmiocie sankcji Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę także motyw dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej m.in. dyrektywę odwoławczą nr 89/665/EWG. W motywie 13 tej dyrektywy prawodawca unijny wskazał, że *aby zwalczać bezprawne bezpośrednio udzielanie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje. Dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie powinna być automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji.*

W kolejnym motywie 14 zaś wskazano, że *nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziału w procedurze udzielania zamówień. Bezpośrednie udzielanie zamówień powinno w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmować wszystkie przypadki udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, co odpowiada procedurze bez uprzedniego ogłoszenia w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE.*

Kierując się powyższymi przepisami, a także wskazaniem prawodawcy unijnego, Izba stwierdziła, po uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy, że w rozpoznawanej sprawie adekwatną sankcją jest sankcja unieważnienia umowy.

Zgodnie z art. 192 ust. 4 ustawy Pzp orzekając o sankcji miała obowiązek ocenić wszystkie istotne okoliczności sprawy, w szczególności powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego i konsekwencje unieważnienia umowy. Dostrzeżenia wymagało, że w świetle ww. przepisu ocenie Izby podlegał całokształt okoliczności sprawy, gdyż ustawodawca nie przyznał żadnej z okoliczności wymienionych w przepisie prymatu nad pozostałymi. W szczególności ustawodawca nigdzie nie wskazał, że oceniając okoliczności Izba zobowiązana jest przede wszystkim wziąć pod uwagę konsekwencje unieważnienia umowy. Jeżeli chodzi o powagę naruszenia Izba stwierdziła, że w sprawie mamy do czynienia z najpoważniejszym z możliwych naruszeń ustawy Pzp. Zamawiający udzielając zamówienia z trybie z wolnej ręki, naruszył najważniejsze i podstawowe zasady obowiązujące w systemie zamówień publicznym, a zatem zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę prymatu trybów podstawowych. Naruszenie to, jak już wyjaśniono wcześniej, doprowadziło do wyłączenia jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu. O tym, że w takiej sytuacji mamy do czynienia z naruszeniem najpoważniejszym z możliwych, wypowiedział się sam prawodawca unijny,

a także Trybunał Sprawiedliwości UE. W przytoczonym wyżej motywie 13 dyrektywy 2007/66/WE wprost wskazano, że bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej.

W dalszej kolejności Izba zobowiązana była ocenić zachowanie zamawiającego. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego zachowanie to należało ocenić negatywnie.

Izba stwierdziła, że do sytuacji, w której zamawiający pośpiesznie udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki obawiając się utraty finansowania, mogły przyczynić się niektóre działania i zaniechania samego zamawiającego podejmowane w trakcie prowadzenia postępowania konkurencyjnego, jak i w trakcie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający w trakcie procedury konkurencyjnej nie skorzystał z możliwości, jakie daje art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, co umożliwiłoby mu wcześniejsze zwerifikowanie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wtedy, po ogłoszeniu przez Izbę wyroku z 18 lipca 2019 r. wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 999/19 i KIO 1000/19, zamawiający mógł odrzucić ofertę przystępującego XXX zgodnie z treścią tego wyroku i bezpośrednio po tym wybrać jako najkorzystniejszą jedną z pozostałych ofert.

Owszem zamawiający nie musiał się zgadzać z rozstrzygnięciem Izby zapadłym w sprawach o sygn. akt KIO 999 i 1000/19. Miał prawo wnieść wobec takiego wyroku skargę, z czego zresztą skorzystał. Nic jednak nie stało na przeszkodzie, aby – mając na uwadze bliski termin zakończenia finansowania i podkreślany przez siebie interes publiczny – zamawiający odrzucił ofertę przystępującego XXX, co nakazała Izba, dokonał niezwłocznego wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarł umowę z drugim wykonawcą, oczekując jednocześnie na rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w sprawie. Podkreślenia wymaga, że brak orzeczenia Sądu Okręgowego w sprawie skargi na wyrok Izby z 18 lipca 2019 r. nie tamował możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym. W świetle bowiem art. 183 ustawy Pzp, zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym jedynie do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze. (...) Przy ocenie zachowania zamawiającego wzięto pod uwagę fakt, że zamawiający nie zdecydował się także na opublikowanie po wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki dobrowolnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp. Opublikowanie takiego ogłoszenia miałoby dwójakie znaczenie: po pierwsze zapewniłoby transparentność zamiarów zamawiającego i dawałoby wcześniejszą ochronę prawną wykonawcom „pokrzywdzonym” rezygnacją z trybu konkurencyjnego (co jest istotne z punktu widzenia naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych), po drugie – mogłoby spowodować oszczędność czasu, na którego upływ (w kontekście groźby utraty finansowania) obecnie zamawiający się powołuje. Gdyby zamawiający to uczynił, to zgodnie z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp po upływie terminu na wniesienie ewentualnych odwołań mógłby zawrzeć umowę, która nie podlegałaby unieważnieniu. Ewentualnie w razie wniesienia skutecznych odwołań zamawiający jeszcze przed udzieleniem zamówienia w trybie z wolnej ręki otrzymałby szybką odpowiedź, czy planowane udzielenie przez niego zamówienia w trybie z wolej ręki jest legalne, czy też nie.

Nieskorzystanie z tej możliwości mogło świadczyć o tym, że zamawiający uwzględniał ryzyko i konsekwencje unieważnienia umowy. Może to również wskazywać, że zamawiający działał z zamiarem uniknięcia weryfikacji swojej decyzji na wcześniejszym etapie postępowania, być może licząc na to, że przy przeprowadzeniu takiej weryfikacji już po udzieleniu zamówienia uda mu się doprowadzić do utrzymania w mocy bezprawnie zawartej umowy, chociażby przez powoływanie się na jej znaczenie dla interesu publicznego (który powinien być przez niego uwzględniony z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa). (...) Izba stwierdziła, że celów sankcji nie spełni nałożenie na zamawiającego kary finansowej. Dostrzeżenia wymagało,

że zamawiającym w analizowanej sprawie była XXX, a więc szeroko rozumiane państwo. Zgodnie z art. 195 ust. 7 ustawy Pzp wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa. Z kolei w myśl art. 195 ust. 1 ustawy Pzp, karę finansową uiszcza się na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych, a więc również rachunek państwowej jednostki budżetowej. Biorąc powyższe pod uwagę, należało przyznać rację odwołującym, że uiszczenie przez zamawiającego kary finansowej spowoduje jedynie przesunięcie środków w ramach budżetu państwa. Zdaniem Izby, sankcja tego typu nie byłaby odstrasżająca ani skuteczna. Sankcja tego rodzaju nie byłaby też proporcjonalna do popełnionego naruszenia, które jak ustalono – miało charakter najpoważniejszego z możliwych. Nałożenie sankcji w postaci kary finansowej nie byłoby proporcjonalne także do zachowania zamawiającego, który – jak wskazano wcześniej – działał z niewłaściwym stosunkiem do obowiązującego prawa i nie skorzystał z możliwości opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki czy możliwości zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania konkurencyjnego. Takie działanie zamawiającego, jak wskazano wcześniej – mogło świadczyć o tym, że zamawiający mógł wkalkulować ryzyko nałożenia kary finansowej i groźba takiej sankcji nie powstrzymała go od udzielenia zamówienia bez wcześniejszego upewnienia się co do legalności wybranego trybu.

Zdaniem Izby niezasadne byłoby też utrzymanie ważności umowy w zakresie zobowiązań dotychczas wykonanych czy skracanie okresu obowiązywania umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp).

Po pierwsze, orzeczenie tego rodzaju sankcji nie byłoby zasadne z uwagi na charakter umowy, która nie jest umową o świadczenie okresowe, ale obejmuje wdrożenie kompleksowego, całościowego systemu. Po drugie, nie złożono Izbie jakiegokolwiek dowodu, z którego można byłoby wnioskować o tym, jaki zakres umowy wykonano na moment wyrokowania w sprawie. Nie wiadomo także, czy na podstawie umowy spełniono świadczenia, których zwrot jest możliwy czy też nie. Z lektury samej umowy z 9 sierpnia 2019 r. wynika jedynie, że na moment wyrokowania w sprawie nie upłynął nawet pierwszy z terminów wskazanych w umowie, a mianowicie termin wykonania projektu technicznego etapu I, który zgodnie z umową miał zostać odebrany w terminie do 90 dni od dnia zawarcia umowy (por. § 9 ust. 3 umowy z 9 sierpnia 2019 r., w aktach sprawy).

Kierując się powyższymi rozważaniami, uznano za zasadne orzeczenie sankcji w postaci unieważnienia umowy.

Art. 192 ust. 6a

234. Wyrok z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 1833/19, KIO 1875/19

Zdaniem Izby w sprawie nie znajdował natomiast zastosowania przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, który stanowi, że *Izba nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej*. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 192 ust. 6a Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy z 13 lipca 2009 r. nr 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmiotu zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywy obronnej). Przywołany przepis dyrektywy obronnej brzmi, w każdym przypadku *umowa nie może być uznana za nieskuteczną, jeżeli konsekwencje tej nieskuteczności mogą poważnie zagrozić samemu istnieniu programu obrony i bezpieczeństwa, który jest niezbędny ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem danego państwa członkowskiego*. Dostrzeżenia wymagało, że analogicznego przepisu nie zawierają przepisy dyrektywy

Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz.U.E.L Nr 395, str. 33 z późn. zm.), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Na okoliczność, iż przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy obronnej wskazywała także analiza uzasadnienia z 31 maja 2012 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (za stroną internetową sejm.gov.pl, kadencja VII Sejmu, druk sejmowy nr 455). Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, został wprowadzony do ustawy Pzp właśnie na mocy ww. ustawy nowelizującej, której projekt uzasadniono w tym druku.

Jak słusznie wskazał zamawiający w pkt III.4 swego pisma procesowego z 28.10.2019 r., w uzasadnieniu projektu rzeczywiście wskazano, że *„jednocześnie, w celu ochrony interesu publicznego, w szczególności dotyczącego obronności i bezpieczeństwa państwa, zaproponowano, by KIO nie mogła unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.”* (s. 31 uzasadnienia). Błędny jest jednak pogląd, jakoby cytowany fragment miał świadczyć o tym, że przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp powinien być stosowany w szerszym zakresie niż tylko do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Uszła uwadze zamawiającego systematyka uzasadnienia projektu ustawy. Cytowany przez niego fragment druku znajduje się w części uzasadnienia projektu zatytułowanej *„część ogólna dotycząca regulacji implementujących dyrektywę obronną”*. Dopiero bezpośrednio za tym fragmentem rozpoczyna się część uzasadnienia projektu ustawy zatytułowana *„część ogólna dotycząca propozycji regulacji wykraczających poza implementację dyrektywy obronnej”*. Co więcej jednak, uzasadnienie projektu ustawy zawiera tabelę zbieżności, w której jednoznacznie i wprost wskazano, że projektowany przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy obronnej (por. tabela zbieżności, s. 163 wiersz drugi). Ponadto, jak zostanie to szerzej wyjaśnione niżej, dyrektywa odwoławcza traktuje sankcję unieważnienia umowy jako sankcję zasadniczą przy bezpośrednim i bezprawnym udzieleniu zamówienia. Również z tego powodu przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, jako wyjątek od tej zasady musiał być interpretowany ściśle, jako odnoszący się tylko do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 2 pkt 15 w zw. z art. 131a ustawy Pzp. Sam zamawiający, publikując w dniu 9 września 2019 r. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (...) w polu Legal Basis, czyli „podstawy prawne”, wskazał na dyrektywę klasyczną nr 2014/24/UE, a nie dyrektywę obronną nr 2009/81/WE. Ponadto w pkt III. 5 swego pisma procesowego z 28.10.2019 r. w ostatnim zdaniu zamawiający przyznał, że przedmiot zamówienia nie należy do żadnej z kategorii wymienionych w art. 131a ustawy Pzp.

Art. 192 ust. 7

235. Wyrok z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1936/19, KIO 1947/19

Odwołanie Konsorcjum XXX ograniczone zostało do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty XXX jako niezgodnej z treścią siwz. Argumentacja Odwołującego w tej części odwołania sprowadzała się wyłącznie do wskazania uzasadnienia istnienia podejrzenia jej niezgodności, bez wskazania konkretnych okoliczności faktycznych, co było wynikiem utajnienia dokumentu opisującego oferowany przedmiot i rozwiązania techniczne. Faktycznie Odwołujący formułując zarzuty w odwołaniu, nie miał wiedzy co do zakresu rzeczowego oferty wybranej i bazował na własnym doświadczeniu.

czeniu i wiedzy inżynierskiej oraz znajomości rynku. Jak sam to ujął w pkt 24 uzasadnienia Zarzut Odwołującego w tym zakresie ma charakter niejako wyprzedzający w stosunku do ewentualnej (zdaniem Odwołującego zasadnej) decyzji o odtajnieniu Formularza technicznego będącego załącznikiem do oferty Wykonawcy. Odwołujący zakładał zatem, iż dopiero w oparciu o analizę odtajnionego dokumentu możliwe będzie dokonanie pełnej kontroli zaoferowanego rozwiązania. Ponieważ Zamawiający udostępnił utajniony dokument w ostatnim dniu na złożenie odwołania, Konsorcjum XXX dopiero na rozprawie przedstawiło okoliczności faktyczne, które miałyby uzasadniać zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej. W ocenie Izby takie działanie nie było dopuszczalne, gdyż prowadziło do modyfikacji, poprzez uzupełnienie zakresu zarzutu opisanego pierwotnie w treści odwołania, którym Izba była związana zgodnie z art. 193 ust. 7 Ustawy. O zakresie zarzutu podlegającym rozpoznaniu Izby przesądza nie samo postawienie w odwołaniu tezy wystąpienia niezgodności oferty z siwz, ale wskazanie konkretnych okoliczności, w zakresie których wykonawca dopatruje się takiej niezgodności. Tylko wówczas można oczekiwać, iż Izba będzie władna do przeprowadzenia postępowania dowodowego, które pozwalałyby na odniesienie się do podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Również tylko w takich warunkach Zamawiający może faktycznie odnieść się do zasadności zarzutu i bronić swojej decyzji w postępowaniu odwoławczym. W niniejszej sprawie Odwołujący zdecydował się na wycofanie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Ustawy w związku z udostępnieniem przez Zamawiającego dokumentu, który pozwalał na analizę przedmiotu oferty pod kątem jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Cofnięcie tego zarzutu uniemożliwiało Izbie zajęcie stanowiska i ewentualne nakazanie unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanych z naruszeniem zasady jawności postępowania. Jednocześnie podtrzymanie zarzutu, który mógł zostać poprawnie sformułowany dopiero po analizie odtajnionego dokumentu, miało ten skutek, że Izba była związana podstawą faktyczną prezentowaną w odwołaniu i nie mogła przyjąć nowych okoliczności wykraczających poza tą podstawę. Dopiero argumenty prezentowane na rozprawie pozwalały na zidentyfikowanie przyczyn, dla których oferta wybrana nie powinna być uznana za najkorzystniejszą. Chociaż Odwołujący formułując zarzut w odwołaniu, wskazał na konieczność przeprowadzenia pełnej analizy oferty, również w części dokumentu utajnionego, to nie wskazał czym taką potrzebę uzasadnia. Jego wiedza nie została w żaden sposób sprecyzowana, a na rozprawie wręcz potwierdził, iż nie miał wiedzy jaki system stanowi przedmiot oferty wybranej. Potwierdza to zatem wnioski, iż zarzut został postawiony na wyrost bez konkretnych przyczyn, które miałyby zarzut ten potwierdzać. Dopuszczenie takiej praktyki prowadziłoby do wypaczenia roli postępowania odwoławczego, jako środka służącego stronom sporu do oceny zasadności czynności przeprowadzonych w postępowaniu. Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie Wykonawca nie mogli w oparciu o treść odwołania odnieść się do podstawy zarzutu i przygotować właściwych dowodów na odparcie twierdzeń Odwołującego. Tym samym również legitymacja Izby do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu wyznaczona została uzasadnieniem prezentowanym w odwołaniu, a to nie zawierało żadnej z okoliczności podniesionych dopiero na rozprawie.

236. Wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2332/19

Skład orzekający wskazuje dalej, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego, przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Zaznaczyć należy, iż Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, iż sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia – przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13).

Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechań zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie przepisów prawnych, które powinny zostać zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i Izby, gdzie trafnie podnosi się, że zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r., sygn. akt XIII Ga 546/18). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne, mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

237. Wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2478/19

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

238. Wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2517/19

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw – prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią

samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

239. Wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 9/20, 11/20

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1187/17). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

240. Wyrok z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 103/20

Izba zauważa, że zarzut nie został skonkretyzowany w odwołaniu. Odwołujący nie zdecydował się na wskazanie podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Zamawiającemu, ani okoliczności faktycznych, które miałyby być przedmiotem oceny Izby. W tej sytuacji Izba oceniła postawiony zarzut jako nieistniejący. Podobnie Izba uznała w wyroku z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 266/14 czy też w wyroku z 15.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2049/16, KIO 2052/16, czy też w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18. Skutkiem braku zarzutu czy też zarzutów w odwołaniu (zarzut naruszenia ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia) była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

241. Wyrok z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 222/20

Podkreślić należy, że Izba jest uprawniona do oceny tylko tych podjętych czynności lub zaniechania czynności, które zostały podniesione w odwołaniu i tylko w odniesieniu do pod-

staw faktycznych wskazanych w odwołaniu. Wobec tego precyzyjne wskazanie przez wykonawcę czynności Zamawiającego, których prawidłowość podlega kwestionowaniu, a następnie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, ma decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuuje zarzuty podlegające rozpoznaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów i niedopuszczalność wykraczania poza ich treść. O treści zarzutu decyduje zaś przytoczona podstawa faktyczna, jak i właściwie skorelowana z nią kwalifikacja prawna. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na obu tych płaszczyznach. W przedmiotowym przypadku argumentacja odwołania mająca uzasadniać postawiony zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie odpowiadała istocie tego zarzutu, jaką jest merytoryczna sprzeczność pomiędzy oświadczeniem woli oferenta a wymaganiami wynikającymi z postanowień specyfikacji, a nie zaniżenie elementu składowego ceny, na które wskazywał Odwołujący.

Art. 196 ust. 6

242. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 215/19

Ze względu na znaczną zbieżność przesłanek sprostowania określonych w art. 196 ust. 6 P.z.p. oraz w art. 350 k.p.c., zasadnym jest powołanie się na bogate orzecznictwo związane ze stosowaniem tego drugiego przepisu. Instytucja sprostowania orzeczenia nie może zatem zmierzać do zmiany rozstrzygnięcia sprawy zawartego w orzeczeniu, przy czym zmiana ta nie może nastąpić ani pod względem ilościowym, ani jakościowym. Oznacza to, że w drodze sprostowania nie może ulec zmianie ani przedmiot, ani zakres rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Natomiast powinna być usunięta zniekształcająca to rozstrzygnięcie oczywista omyłka, a zwłaszcza błąd pisarski lub rachunkowy. Ta omyłka ma być jednak oczywista, tzn. powinna być natychmiast rozpoznawalna i wynikać jednoznacznie z treści orzeczenia (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r., sygn. I CZ 60/00).

Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w rozpoznawanej sprawie. Pominięcie w punkcie 2.2 sentencji wyroku KIO kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania nie nosi znamion błędu pisarskiego, rachunkowego ani innej oczywistej omyłki. Punkt ten jednoznacznie wskazuje na kwotę 3.600 zł z tytułu zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika. Tylko i wyłącznie ten koszt był objęty rozstrzygnięciem zawartym w pkt 2.2. Instytucja sprostowania wyroku nie może być zaś wykorzystywana do eliminowania błędów merytorycznych, a takiego właśnie błędu dopuściła się KIO, pomijając koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Art. 198 ust. 1

243. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt VII Ga 298/19

Na wstępie jednak należało stwierdzić, że zgodnie z najnowszym stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. (sygn. akt III CZP 58/17), postępowanie przed sądem wywołane skargą na orzeczenie KIO jest – co do zasady, z uwagi na ograniczenie legitymacji do zaskarżenia wydanego w nim orzeczenia (art. 198 ust. 1 PZP) – jednoinstancyjne. Sąd Okręgowy w postępowaniu skargowym nie występuje stricte jako sąd II instancji,

ponieważ Krajowa Izba Odwoławcza nie jest sądem, ale organem quasi sądowym i taki jej status został potwierdzony przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2013 r. C 465/11 Forposta i ABC Direct Contact przeciwko Poczcie Polskiej SA). Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt SK 12/13), w którym stwierdzono, że: „w polskim systemie prawa KIO nie spełnia kryteriów sądu w znaczeniu konstytucyjnym, w związku z czym ustawodawca zdecydował się powierzyć kontrolę jego orzeczeń sądom powszechnym”. Znamiennym jest, że Trybunał Konstytucyjny w tym samym orzeczeniu stwierdził, że skarga pełni rolę drugiej instancji merytorycznej, a jednocześnie jest środkiem kontroli prawidłowości postępowania i rozstrzygnięcia składu orzekającego KIO. Sąd Najwyższy w cytowanej wyżej uchwale III CZP 58/17 podkreślił, że skarga na orzeczenie KIO jest uniwersalnym środkiem odwoławczym, łączącym cechy apelacji i zażalenia. Dlatego też ustawodawca przewidział możliwość odpowiedniego stosowania w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO, przepisów k.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy Działu VI, Rozdziału 3 PZP nie stanowią inaczej. Sąd Okręgowy zgadza się zatem, że specyfika postępowania wywołanego skargą na orzeczenie KIO, polega na poddaniu końcowej kontroli ze strony sądu, spraw rozpoznawanych najpierw przez organ pozasądowy. (...)

Art. 198a ust. 1

244. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 sierpnia 2019 r., sygn. akt Ga 852/19

W orzecznictwie przyjmuje się, że skarga na postanowienie KIO, którego przedmiotem jest odrzucenie odwołania nie jest ani zażaleniem, ani apelacją w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, jednakże swoim charakterem bardziej zbliżona jest do zażalenia niż do apelacji (zob. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2005 CZP OSNC 2006 Nr poz. 57 oraz dnia 6 czerwca 2012 CZP 23/52, OSNC 2013, Nr I, poz. 4). Podobnie zdaniem Sądu Okręgowego winno potraktować się skargę odnoszącą się tylko do postanowienia o kosztach postępowania odwoławczego, które swoją konstrukcją są odpowiednikiem zażalenia na rozstrzygnięcie o kosztach procesu. Co oczywiste, orzeczenie o kosztach procesu, nawet zawarte w wyroku przybiera postać postanowienia, od którego przysługuje środek odwoławczy w postaci zażalenia (art. 394 1 pkt g k.p.c.). Również rozstrzygnięcie tej kwestii przez sąd odwoławczy przybiera postać postanowienia, a do postępowania zażaleniowego za pośrednictwem art. 397 § 2 k.p.c. stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu apelacyjnym. Użyte zatem w art. 198a ust. 1 p.z.p, sformułowanie, że do postępowania skargowego stosuje się przepisy procedury cywilnej o apelacji nie wyłącza możliwości uznania, że do postępowania wywołanego tym środkiem odwoławczym – z uwagi na przedmiot zaskarżenia – niedopuszczalne było zastosowanie przepisów o zażaleniu.

Przepisy regulujące ten środek odwoławczy nie zawierają pełnej regulacji, lecz zawierają wskazane wcześniej odwołanie do przepisów o postępowaniu apelacyjnym.

Dodatkowym argumentem za takim rozwiązaniem jest okoliczność, że w postępowaniu skargowym wywołanym jedynie zaskarżeniem orzeczenia o kosztach postępowania sąd nie dokonuje oceny meriti zasadności odwołania jako takiego.

Wyrok sądowy jako kończący postępowanie procesowe jest merytorycznym rozstrzygnięciem o istnieniu prawa podmiotowego, którego ochrony domaga się powód inicjujący postępowanie cywilne. Z tego względu przedmiotem wyrokowania nie są kwestie formalne czy też takie, które z woli ustawodawcy przybierają postać innego rodzaju orzeczenia, jak to ma miejsce w odniesieniu do kosztów procesu. Uzasadnia to przyjęcie założenia, że w takiej sytuacji orzeczenie sądu przybiera formę postanowienia, które może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym.

245. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 751/19

Jak wynika z treści uzasadnienia tego postanowienia, zwrot odwołania nastąpił z uwagi na brak należnego wpisu, o co odwołujący został prawidłowo wezwany. Zwrot odwołania nastąpił zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 6 ustawy pzp. Nadto w uzasadnieniu postanowienia wskazano, że zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i ustawy pzp, ustawy tej nie stosuje się do nabycia własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości, a w ślad za tym, nie stosuje się środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych. (...) Stosownie do treści art. 198a ustawy pzp. skarga do sądu przysługuje na orzeczenia Izby. Dotyczy to zarówno merytorycznych orzeczeń Izby rozstrzygających spór co do istoty, jak i postanowień kończących postępowanie odwoławcze. Nie ulega zatem wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu nie zapadło żadne orzeczenie Izby, a postanowienie o zwrocie odwołania wydane zostało przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Na takie orzeczenie ustawa pzp nie przewiduje możliwości wniesienia skargi do sądu powszechnego.

Art. 198a ust. 2

246. Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 23 lipca 2019 r., sygn. akt GA 648/19

Skarga wniesiona na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) inicjuje postępowanie przed sądem powszechnym, do którego – zgodnie z art. 198a ust. 2 p.z.p. – stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 3 ustawy nie stanowią inaczej. W konsekwencji Sąd Okręgowy rozpoznając skargę, a uprzednio także wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w zakresie opłaty do skargi, działa jako Sąd II instancji. Na wydane przez Sąd II instancji postanowienie w przedmiocie zwolnienia od kosztów – zgodnie z brzmieniem art. 394 1 pkt 2) k.p.c. – zażalenie nie przysługuje (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2009 r., II PZ 14/09, niepubl. i z dnia 13 stycznia 2010 r., II CZ 81/09, niepubl.)

247. Postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 28 sierpnia 2019 r., sygn. akt VI Ga 115/19

Odrzuceniu podlegał również ponowny wniosek skarżącego o zwolnienie go od ponoszenia kosztów sądowych od skargi na postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2019 roku. Zgodnie bowiem z art. 107 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w razie oddalenia wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych strona nie może ponownie domagać się zwolnienia, powołując się na te same okoliczności, które stanowiły podstawę oddalenia poprzedniego wniosku.

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy badał poprzedni wniosek skarżącego pod kątem możliwości zwolnienia go od ponoszenia kosztów sądowych. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego uznać należało, że skarżący nie wywiązał się z obowiązku udzielenia miarodajnych informacji na temat swojego majątku, co skutkowało oddaleniem jego wniosku. Ponowny wniosek skarżącego nie zawierał informacji, pozwalających na zbadanie jego sytuacji finansowej. Przy czym należy mieć na względzie, że warunkiem ponownego złożenia takiego wniosku jest zmiana sytuacji majątkowej i rodzinnej wnioskodawcy. Z uwagi na fakt, że skarżący odmówił przekazania Sądowi stosownej dokumentacji dotyczącej jego kondycji finansowej, wniosek taki należało odrzucić na podstawie art. 107 par. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

248. Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt VIII Ga 525/19

Zażalenie na postanowienie o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych – o jakim mowa w art. 394 (1) pkt 2 k.p.c. (a od dnia 7 listopada 2019 r. w art. 394 (1a) par. 1 pkt k.p.c.) – przysługuje jednak jedynie na postanowienia sądu pierwszej instancji, nie zostało ono bowiem wymienione pośród podlegających zaskarżeniu postanowień sądu drugiej instancji (art. 394(2) 1 k.p.c., a od dnia 7 listopada 2019 r. – art. 394(2) par. 1 i 1 (1) k.p.c.). Powołana regulacja, w zakresie w jakim uniemożliwia zaskarżenie postanowienia o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych, wydane po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji, została uznana za zgodną z Konstytucją (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2009 r., SK 19/08, OTK-A 2009, nr 3, poz. 29; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2015 r., II CZ 96/14, LEX nr 1663823). Postanowienie to nie mogło również zostać zaskarżone zażaleniem do Sądu Najwyższego na podstawie art. 394 (1) 2 k.p.c., nie jest ono bowiem postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie (odmowa zwolnienia od kosztów ma charakter wpadkowy), a ponadto w niniejszej sprawie nie przysługuje uczestnikom skarga kasacyjna (art. 198g ust. 1 p.z.p.).

Ponieważ na postanowienie z dnia 6 listopada 2019 r. nie przysługiwał środek zaskarżenia, nie wymagało ono sporządzenia uzasadnienia (art. 357 (2) w zw. z art. 391 (1) i art. 397 (1) k.p.c. a contrario). Tak więc wniosek o doręczenie tego postanowienia wraz z uzasadnieniem należało uznać za niedopuszczalny, a przez to podlegający odrzuceniu.

Art. 198d

249. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 809/19

W postępowaniu apelacyjnym również nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Jednak w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy (art. 383 k.p.c.). Sąd Okręgowy podziela zapatrywanie części doktryny, że możliwa jest natomiast – na skutek zmiany okoliczności faktycznych – zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art 198f ust. 2 i 3 w zw. z art. 192 ust. 2 i 3 Pzp (odmiennie SO w Poznaniu w post. z dnia 21 marca 2014 r., X Ga 8/14, niepubl.). W przypadku bowiem, kiedy umowa zostanie po ogłoszeniu wyroku przez Izbę a po wniesieniu skargi (czyli w okolicznościach dopuszczonych rozpoznający sprawę w postępowaniu skargowym może – w przypadku uznania jej zasadności stwierdzić jedynie naruszenie przepisów PZP (Komentarz do art. 198d Pzp, red. Jaworska 2019, wyd. O/ M. Jaworska, Legalis 2/019).

W niniejszej sprawie miała miejsce zmiana okoliczności faktycznych – w dniu 25 kwietnia 2010 r. została zawarta umowa między zamawiającym a konsorcjum (...), a zatem już po wydaniu zaskarżanego wyroku z dnia kwietnia 2019 r., w takiej sytuacji należało dojść do wniosku, że strona skarżąca zasadniczo miała możliwość zmiany żądania, żądanie takie musi jednak zostać wyartykułowane – Sąd Okręgowy zobligowany był rozpoznać skargę wniesioną w niniejszej sprawie w zakresie przedstawionego żądania. Na skutek modyfikacji żądania skarżący wniósł o unieważnienie umowy z dnia 25 kwietnia 2019 r. W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy winien zbadać zasadność zarzutów podniesionych w skardze – w tym uzasadnienie wniosku o unieważnienie umowy.

Art. 198f ust. 5**250. Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 9 grudnia 2019 r., sygn. akt VIII Ga 756/19**

Orzeczenie o kosztach umorzonego postępowania, zgodnie z art. 203 par. 2 zdanie 2. k.p.c., powinno uwzględniać zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, co zakłada ustalenie, która ze stron jest wygrywającą, według art. 98 par. 1 k.p.c. W procesie cywilnym bezprzedmiotowość dalszego postępowania cywilnego, której procesowym następstwem jest cofnięcie pozwu (prawidłowo powództwa), może być wywołana zachowaniem powoda albo zachowaniem pozwanego. Jeżeli zachowanie pozwanego po wytoczeniu powództwa skutkowało zaspokojeniem roszczenia powoda istniejącego w chwili wniesienia pozwu albo zaspokojeniem jakiegokolwiek interesu powoda w wypadku powództw, których przedmiotem nie jest świadczenie, powoda należy uznać za wygrywającego sprawę. Niecelowość ochrony prawnej wywołana przez pozwanego po wniesieniu pozwu skutkuje przyjęciem, że pozwany przegrał sprawę. W odwrotnej sytuacji, jeżeli powód rezygnuje z ochrony prawnej i ta rezygnacja nie jest wywołana zachowaniem pozwanego po wytoczeniu powództwa, powoda należy uznać za przegrywającego sprawę. Taka sytuacja istnieje w rozpoznanej sprawie w odniesieniu do składającej skargę; skarżący zrezygnował z ochrony prawnej, z kontynuowania postępowania przed sądem z przyczyn nieznanych i nie ma podstaw do przyjęcia, że cofnięcie skargi zostało wywołane przyczynami leżącymi po stronie przeciwnika skargi, czyli odwołującego. Skarżącego należy uznać za przegrywającego sprawę i w konsekwencji zobowiązanego do zwrotu przeciwnikowi skargi kosztów postępowania przed sądem wynagrodzenia pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi, radcy prawnego – stosownie do pat. 10 ust. 1 pkt 1 w zw. z par. 2 pkt 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery orzeczeń

A

Aukcja elektroniczna – 167, 168, 169, 170, 171

B

Błąd w obliczeniu ceny – 130

Biegły – 225

C

Cena

– **rażąco niska** – 222, 223, 224

– **wezwanie i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny** – 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 154, 155, 156, 157

Certyfikat – 90, 158, 165

Ciężar dowodowy – 141, 150, 153, 156, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228

Czyn nieuczciwej konkurencji – 126

D

Dialog techniczny – 48

Dokumenty:

– **aktualność** – 32, 66, 67, 68, 73

– **przedmiotowe** – 65, 71

– **uzupełnianie** – 32, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76

– **wyjaśnienia** – 78

Dowody – 90, 226, 227, 228

E

e-Certis – 79

G

Grupa kapitałowa – 51, 52, 61, 62

Gwarancja – 135, 136, 137

I

Interes we wniesieniu środka ochrony prawnej – 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202

J

JEDZ (Jednolity Dokument Europejski) – 16, 18

K

Komunikacja Zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – 218

Konkurs – 20, 30, 31, 97, 114

Koszty – 213, 215, 216

– **koszty sądowe** – 247, 248, 250

Krajowa Izba Odwoławcza – 114, 243

Kryteria oceny ofert – 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166

N

Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 20, 30, 129

Naruszenie obowiązków zawodowych – 53, 54

O

Odwołanie:

– **odrzućcie** – 214, 217

– **uwzględnienie przez Zamawiającego** – 211

– **wniesienie** – 206

– **wycofanie** – 212, 213, 214

– **zwrot** – 245

Oferta:

– **odrzućcie** – 114, 116, 117, 130, 134

– **pojęcie** – 5

– **składana elektronicznie** – 100

– **treść** – 71, 103, 104, 110, 113, 116, 118, 122, 124, 125, 132

– **wyjaśnienie treści** – 69, 102, 105

– **zabezpieczenie** – 99

– **zmiana** – 111, 132

Omyłka:

– **inna omyłka polegająca na niezgodności** – **oferty z SIWZ** – 101, 107, 109, 130

- rachunkowa – 106, 108
- Oświadczenie:**
 - woli – 119, 135
 - forma elektroniczna – 16, 17, 18, 19

P

- Pełnomocnictwo / Pełnomocnik** – 18, 19, 77
- Podatek VAT** – 129, 130, 134
- Podmiot trzeci** – 24, 25, 26
- Podpis** – 119, 136
 - podpis elektroniczny – 18, 19, 112, 136
- Podwykonawca** – 92, 118
- Poświadczenie dokumentów** – 136
- Prezes Krajowej Izby Odwoławczej** – 245
- Procedura odwrócona** – 167
- Próbka** – 71, 103
- Protokół postępowania** – 5, 192
- Przedmiot zamówienia** – 1, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 133
- Przystąpienie / Przystępujący** – 207, 208

R

- Referencje** – 63, 64
- Rozprawa**
 - otwarcie rozprawy na nowo – 229

S

- Sąd Apelacyjny (SA)** – 228
- Sąd Najwyższy (SN)** – 8, 12, 18, 37, 45, 119, 126, 130, 204, 208, 218, 219, 225, 232, 236, 242, 243, 244, 246, 248
- Sąd Okręgowy (SO)** – 8, 10, 14, 19, 114, 126, 134, 148, 166, 188, 196, 204, 213, 214, 215, 216, 221, 224, 225, 227, 228, 236, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250,
- Self-cleaning** – 59, 60
- Skarga do sądu** – 244, 246, 249
- Specyfikacja:**
 - treść – 114, 115, 116, 117, 118, 120, 123, 125, 130, 132, 134
 - modyfikacja – 121
- Sprostowanie orzeczenia** – 117, 123, 242

Ś

- Środki ochrony prawnej** – 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 250

- Środki komunikacji elektronicznej** – 137, 218

T

- Tajemnica przedsiębiorstwa** – 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 175, 210, 235
- Termin**
 - odwołanie – 206
 - składania ofert – 15
 - zawarcia umowy – 191
- Trybunał Konstytucyjny** – 248
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 21, 23, 25, 31, 129, 130, 133, 134, 171, 199, 201, 243
- Tryby postępowania**
 - negocjacje bez ogłoszenia – 96
 - zamówienie z wolnej ręki – 97, 98

U

- Udział w przygotowaniu postępowania** – 46, 47, 48, 49
- Umowa:**
 - kara umowna – 36, 91, 194
 - nienależyte wykonanie – 55, 56
 - nieważność – 233, 234
 - odpowiedzialność kontraktowa – 91
 - termin dostawy – 87
 - termin płatności – 88
 - unieważnienie – 234
 - wzór – 82, 83
- Unieważnienie postępowania** – 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190
- Unieważnienie czynności** – 2
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)** – 50
- Usługi społeczne i inne szczególne usługi** – 193
- Uzasadnienie czynności Zamawiającego** – 2

W

- Wadium** – 69
 - wadium wniesienie – 94, 135, 136, 137, 138, 139, 141
 - wadium zatrzymanie – 95

Warunki udziału w postępowaniu – 1, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39

– **wiedza i doświadczenie** – 64

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 5

Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) – 54

Wpis – 213

Wpływ na wynik postępowania – 210

Wprowadzenie w błąd – 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45

Wykluczenie wykonawcy – 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 131

Z

Zakłócenie konkurencji – 46, 47, 48, 49, 50, 51

Zaliczka – 195

Zamówienia w częściach (częściowe) – 93

Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 234

Zakres zaskarżenia – 203

Zarzuty – 78, 204, 205, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę – 89

Zasady udzielania zamówień publicznych:

– **jawności** – 5, 7

– **równego traktowania** – 1, 116, 123, 130

– **uczciwej konkurencji** – 1, 80, 81, 84, 86, 87, 116, 123, 130

– **proporcjonalności** – 1, 21, 22, 23

– **przejrzystości** – 2, 116

Zawiadomienie o wyborze oferty – 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178

Ż

Żądania – 249

– **wykonanie czynności zgodnie z żądaniem** – 209, 210, 211

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

- 1) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.)
- 2) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.)
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
- 5) Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. ze zm.)
- 6) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950, ze zm.)
- 7) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040 ze zm.)
- 8) Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (t.j. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
- 9) Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 118)
- 10) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2357 ze zm.)
- 11) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r., poz. 1186 ze zm.)
- 12) Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r., poz. 2010 ze zm.)
- 13) Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r. poz. 1396, ze zm.)
- 14) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1010)
- 15) Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r., poz. 1192)
- 16) Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2007 r., Nr 231, poz. 1701 ze zm.)
- 17) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2016 C 202)
- 18) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r. ze zm.)
- 19) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 ze zm.)
- 20) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE. L 335)
- 21) Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE. L 395 ze zm.)
- 22) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L 257)
- 23) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w spra-

- wie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1092)
- 24) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. 2018 poz. 972)
- 25) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126)
- 26) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1261)

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2020