

Krajowa Izba Odwoławcza

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

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



Pomoc Techniczna
dla Funduszy Europejskich

Dofinansowane przez
Unię Europejską



KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
I SĄDÓW OKRĘGOWYCH

Warszawa 2024 r.

Nr 7
2024 rok (2)

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Nr 7

2024 rok (2)

Zespół redakcyjny zeszytu nr 2 w składzie:

Irmina Pawlik

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Ernest Klauziński

Beata Konik

Anna Kuszal-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Izabela Niedziałek-Bujak

Katarzyna Odrzywolska

Katarzyna Paprocka

Bartosz Stankiewicz

Agnieszka Trojanowska

Pod kierownictwem:

Irminy Pawlik

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Skład, łamanie i druk:

Pracownia Poligraficzno-Intrologatorska INTRO-DRUK Sp. z o.o.

Warszawa 2024 r.

WPROWADZENIE	13
Art. 7 pkt 20	14
1. Wyrok z dnia 2 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3097/23	14
Art. 8 ust. 1	14
2. Wyrok z dnia 24 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1893/23, KIO 1915/23	14
Art. 17 ust. 2	15
3. Uchwała z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO/KD 24/2	15
Art. 18 ust. 3	16
4. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2499/23	16
5. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3912/23	17
Art. 74 ust. 2	18
6. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3276/23	18
7. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3607/23	19
Art. 85	20
8. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3227/23	20
Art. 94 ust. 1	20
9. Wyrok z dnia 28 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3745/23	20
Art. 98 ust. 6	22
10. Wyrok z dnia 25 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2969/23, KIO 2970/23.....	22
Art. 99 ust. 1	22
11. Wyrok z dnia 6 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3113/23	22
Art. 99 ust. 4	23
12. Wyrok z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2516/23.....	23
13. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3284/23	24
14. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3438/23	24
15. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23	25
16. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3775/23	26
Art. 106 ust. 1	26
17. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23	26

Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2	27
18. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3716/23	27
Art. 108 ust. 1 pkt 5	28
19. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2512/23	28
20. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2726/23.....	29
21. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/23	30
22. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3569/23	32
23. Wyrok z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3822/23	33
24. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3799/23, KIO 3805/23.....	34
Art. 108 ust. 1 pkt 6	36
25. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2500/23	36
26. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2963/23	37
27. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23	38
Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c	39
28. Wyrok z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2574/23.....	39
29. Wyrok z dnia 25 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2969/23, KIO 2970/23.....	40
Art. 109 ust. 1 pkt 5	41
30. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3196/23	41
Art. 109 ust. 1 pkt 7	42
31. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3196/23	42
32. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3293/23	44
33. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3538/23	46
34. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3703/23	47
35. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23	48
Art. 109 ust. 1 pkt 8	49
36. Wyrok z dnia 31 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 2076/23	49
37. Wyrok z dnia 22 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2298/23.....	50
38. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23	51
Art. 109 ust. 1 pkt 10	53
39. Wyrok z dnia 6 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2748/23	53
40. Wyrok z dnia 23 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3324/23	54

Art. 109 ust. 3	56
41. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23	56
Art. 110 ust. 2	56
42. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2594/23.....	56
43. Wyrok z dnia 20 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2633/23.....	57
44. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3538/23	57
45. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3718/23	58
Art. 111 pkt 4	58
46. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23	58
Art. 111 pkt 6	61
47. Wyrok z dnia 24 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 2010/23	61
Art. 112 ust. 1	62
48. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2077/23	62
49. Wyrok z dnia 11 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2203/23.....	62
50. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2587/23.....	63
51. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23.....	63
52. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3509/23, KIO 3515/23.....	64
53. Wyrok z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3780/23	65
Art. 117 ust. 3	65
54. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2367/23.....	65
Art. 117 ust. 4	66
55. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3517/23.....	66
Art. 118 ust. 2	67
56. Wyrok z dnia 21 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1928/23	67
57. Wyrok z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2955/23.....	68
58. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3443/23.....	68
Art. 123	69
59. Wyrok z dnia 19 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2566/23.....	69
Art. 127 ust. 2	69
60. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3254/23	69

Art. 128 ust. 1	70
61. Wyrok z dnia 8 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2183/23	70
62. Wyrok z dnia 21 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2642/23.....	70
63. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3510/23	71
64. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3603/23	71
65. Wyrok z dnia 5 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3779/23	71
Art. 128 ust. 4	72
66. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3335/23	72
Art. 135 ust. 1	72
67. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23	72
Art. 137 ust. 6	73
68. Wyrok z dnia 27 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3761/23	73
Art. 139 ust. 1	74
69. Wyrok z dnia 1 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2058/23	74
Art. 214 ust. 1 pkt 1	75
70. Wyrok z dnia 25 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2682/23.....	75
Art. 214 ust. 1 pkt 5	76
71. Wyrok z dnia 2 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2700/23	76
72. Uchwała z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 19/23.....	77
Art. 214 ust. 1 pkt 11	80
73. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3133/23	80
Art. 216 ust. 1	81
74. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3133/23	81
Art. 222 ust. 4	82
75. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3551/23	82
Art. 223 ust. 1	83
76. Wyrok z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3077/23	83
77. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3692/23	85
Art. 223 ust. 2 pkt 1	86
78. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3767/23	86

Art. 223 ust. 2 pkt 2	87
79. Wyrok z dnia 27 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3367/23	87
Art. 223 ust. 2 pkt 3	89
80. Wyrok z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2640/23, KIO 2651/23.....	89
81. Wyrok z dnia 25 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2683/23.....	90
82. Wyrok z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3060/23	91
83. Wyrok z dnia 17 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3130/23, KIO 3164/23.....	92
84. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3808/23	93
Art. 224 ust. 1	94
85. Wyrok z dnia 16 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2256/23.....	94
86. Wyrok z dnia 12 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2521/23.....	95
87. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3394/23	96
88. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3540/23	96
89. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3607/23	97
Art. 224 ust. 6	99
90. Wyrok z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3091/23	99
91. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3394/23	100
92. Wyrok z dnia 4 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3486/23	100
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a	101
93. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3239/23	101
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b	103
94. Wyrok z dnia 20 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1935/23	103
95. Wyrok z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2876/23	103
96. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3637/23	104
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c	105
97. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3604/23	105
Art. 226 ust. 1 pkt 3	106
98. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2369/23.....	106
99. Wyrok z dnia 5 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3391/23.....	107
Art. 226 ust. 1 pkt 5	108
100. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2115/23	108
101. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2109/23	108

102. Wyrok z dnia 11 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2210/23.....	109
103. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2591/23.....	110
104. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3310/23	110
105. Wyrok z dnia 22 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3303/23	111
106. Wyrok z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/23	112
107. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23	113
108. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3610/23	115
109. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3692/23	116
Art. 226 ust. 1 pkt 7	116
110. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2097/23	116
111. Wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3102/23	116
112. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3537/23	117
113. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3569/23	117
114. Wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3641/23	118
Art. 226 ust. 1 pkt 8	120
115. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2965/23	120
116. Wyrok z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3005/23	120
117. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3594/23	120
118. Wyrok z dnia 20 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3640/23	121
119. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3676/23	122
120. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3708/23	122
121. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3716/23	122
122. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3753/23	123
123. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3783/23	124
124. Wyrok z dnia 10 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3817/23	125
125. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23	126
Art. 226 ust. 1 pkt 10.....	127
126. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2307/23, 2308/23, 2310/23, 2311/23	127
127. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2442/23	128
128. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2468/23	130
129. Wyrok z dnia 6 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2463/23	131
130. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3511/23	131
131. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3520/23	132
132. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23	132
Art. 226 ust. 1 pkt 14.....	133
133. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2704/23.....	133
134. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2708/23.....	134
135. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3696/23	135

Art. 239	136
136. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2496/23	136
137. Wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3121/23	137
Art. 240	137
138. Uchwała z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 15/23	137
Art. 253 ust. 1	138
139. Wyrok z dnia 8 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2518/23	138
140. Wyrok z dnia 11 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2519/23.....	139
141. Wyrok z dnia 18 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2947/23	139
142. Wyrok z dnia 19 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2929/23	140
143. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23	141
144. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3682/23	141
145. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3783/23	142
Art. 255 pkt 3	143
146. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3551/23	143
Art. 255 pkt 6	144
147. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2305/23.....	144
148. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2593/23.....	145
149. Wyrok z dnia 8 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3132/23	145
150. Wyrok z dnia 20 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3661/23	146
151. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3858/23	148
Art. 439 ust. 1	150
152. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23	150
Art. 462 ust. 2	151
153. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23	151
Art. 505 ust. 1	153
154. Wyrok z dnia 22 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1927/23	153
155. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2963/23	154
156. Wyrok z dnia 26 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2980/23	154
157. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3393/23	155
158. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3412/23	156
159. Wyrok z dnia 5 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3779/23	156
Art. 516 ust. 1 pkt 8	157
160. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23	157

Art. 518 ust. 1	158
161. Postanowienie z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3490/23	158
Art 520 ust. 1	158
162. Postanowienie z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3687/23	158
Art. 522 ust. 1	159
163. Postanowienie z dnia 17 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1890/23	159
164. Wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3600/23	160
Art. 525 ust. 1	161
165. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3239/23	161
166. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/23	162
167. Postanowienie z dnia 16 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3951/23.....	162
Art. 526 ust. 2	163
168. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3207/23	163
Art. 528 pkt 1	163
169. Postanowienie z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3127/23.....	163
Art. 528 pkt 2	164
170. Postanowienie z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3015/23.....	164
171. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3201/23	164
172. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3777/23	165
173. Postanowienie z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3841/23	166
Art. 528 pkt 3	167
174. Postanowienie z dnia 1 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2491/23	167
175. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23	167
176. Wyrok z dnia 4 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23.....	168
177. Wyrok z dnia 4 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3814/23, KIO 3815/23.....	169
Art. 528 pkt 5	170
178. Wyrok z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3071/23	170
Art. 528 pkt 6	171
179. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3412/23	171

Art. 537 pkt 1	171
180. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23	171
Art. 541	172
181. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3074/23, KIO 3082/23.....	172
Art. 549 ust. 4	173
182. Wyrok z dnia 8 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3562/23	173
Art. 551 ust. 2	173
183. Wyrok z dnia 27 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1985/23	173
Art. 554 ust. 1 pkt 1	174
184. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3437/23	174
Art. 555	174
185. Wyrok z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3044/23	174
186. Wyrok z dnia 16 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3265/23	175
187. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3437/23	175
188. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23	176
Art. 568 pkt 2	176
189. Postanowienie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2637/23.....	176
190. Postanowienie z dnia 20 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2663/23.....	177
191. Postanowienie z dnia 4 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2772/23 ...	177
192. Postanowienie z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3100/23..	178
193. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23	178
194. Postanowienie z dnia 4 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3771/23	179
Art. 575	179
195. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3718/23	179
Art. 578 ust. 2 pkt 1	180
196. Postanowienie z dnia 16 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO/W 15/23	180
197. Postanowienie z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO/W 23/23..	180
Art. 578 ust. 2 pkt 2	182
198. Postanowienie z dnia 9 października 2023 r., sygn. akt: KIO/W 21/23...	182
Indeks rzeczowy	183
Wykaz aktów prawnych w tezewanych orzeczeniach	187

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,
oddajemy w Państwa ręce kolejny numer publikacji „Orzecznictwo – zamówienia publiczne”, zawierający usystematyzowany zbiór wybranego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej z drugiego półrocza 2023 r.

Zespół Redakcyjny w celu przygotowania publikacji dokonał analizy 2078 orzeczeń Izby, 25 postanowień w sprawach o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz 13 uchwał zawierających opinie do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej lub doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP, obejmujących odwołania, wnioski i kontrole, które wpłynęły od 1.07 do 31.12.2023 r. W wyniku tej analizy Zespół wybrał do publikacji 198 tez orzeczniczych.

Prezentowane tezy orzecznicze obejmują przekrój zagadnień związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia. W obszarze przygotowania postępowania tezy odnoszą się np. do możliwości kwalifikacji udziału w badaniu rynkowym jako zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania czy opisu przedmiotu zamówienia w kontekście potrzeb zamawiającego. Natomiast w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w szczególności na uwagę zasługują tezy dot. sposobu oceny w zakresie niedozwolonych porozumień wykonawców, podstaw odrzucenia oferty czy też unieważnienia postępowania.

Mamy nadzieję, że prezentowane tezy ułatwią wyszukiwanie rozwiązań problemów, z którymi stykają się Państwo w swojej praktyce zawodowej.

Anna Kuszal-Kowalczyk
Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej

Art. 7 pkt 20**1. Wyrok z dnia 2 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3097/23**

Zgodnie z art. 7 pkt 20) ustawy Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe rozumie się środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. A zatem o tym, co jest przedmiotowym środkiem dowodowym nie decyduje zakwalifikowanie środka przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, ale to, czy odpowiada on ww. definicji. Inaczej, przedmiotowe środki dowodowe definiuje się przez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz ich treść, a nie przez formę czy nazwę dokumentu. W konsekwencji, nazwanie przez Zamawiającego załącznika do SWZ przedmiotowym środkiem dowodowym nie oznacza, że załącznik ten może być uznany za przedmiotowy środek dowodowy.

Art. 8 ust. 1**2. Wyrok z dnia 24 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1893/23, KIO 1915/23**

Jednostki posiadające status zamawiających stanowią szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje swoje zadania w ramach aparatu państwa sensu largo, niejednokrotnie mając na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze szczególnym i powszechnym, w tym również dotyczącym infrastruktury. Przedmiot umowy, niewątpliwie znaczący i złożony, nawet przy uwzględnieniu celu, specyfiki i wieloaspektowości zamówienia, winien być rozpatrywany przez pryzmat konieczności zachowania zasad powszechnie obowiązujących przepisów prawa i nie udowodniono, aby wprowadzenie do umowy dodatkowego instrumentu kumulatywnego przystąpienia podwykonawców do długu, w brzemieniu załącznika nr 8 do umowy, było obiektywnie uzasadnione i adekwatne (...)

Należy także zwrócić uwagę, że w umowie o roboty budowlane, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 27 p.z.p., mamy poszerzony krąg podmiotów, które są stroną umowy o podwykonawstwo, co może powodować znaczące rozproszenie odpowiedzialności za należyte wykonanie kontraktu, o czym w odwołaniu pisał odwołujący X, Izba podziela tą argumentację. Nie można także zapominać, że ustawodawca wprowadził szczególne rozwiązania prawne, mające na celu ochronę podwykonawców i dalszych podwykonawców, aby zwiększyć zaangażowanie tych podmiotów w zamówienia publiczne, co pozytywnie wpływa na konkurencyjność, a w konsekwencji na bardziej celowe operowanie środkami publicznymi przez zamawiającego. Natomiast zamawiający pogarsza sytuację podwykonawców, co trafnie zaznaczał odwołujący X. Skład orzekający podziela i przyjmuje za własne zasadne stanowisko wyrażone w odwołaniu X o bezpodstawnym ograniczeniu podwykonawcom dostępu do zamówienia, szczególnie małym i średnim lokalnym

przedsiębiorcom, którzy w warunkach tej umowy nie będą w stanie przyjąć na siebie dodatkowej odpowiedzialności względem zamawiającego.

W ocenie Izby z dokumentacji postępowania wynika, że realizacja umowy wiąże się ze standardowym, powszechnym ryzykiem kontraktowym w tego typu zamówieniach, a chęć jego uniknięcia nie może prowadzić do wykorzystania przez zamawiającego pozycji dominującej i nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla wykonawcy. Nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków narusza równowagę kontraktową, jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Postępowanie zamawiającego, wprowadzającego zbyt restrykcyjne postanowienia umowne, będące barierą w składaniu ofert, nie może być usprawiedliwione interesem publicznym ani zasadą swobody umów.

Art. 17 ust. 2

3. Uchwała z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO/KD 24/2

Po pierwsze, zgodzić należy się z wynikami kontroli wskazującymi na fakt, że X prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył art. 17 ust. 2 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów działu III ustawy Pzp, podczas gdy rodzaj i wartość zamówienia publicznego zobowiązywała zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie przepisów działu II ustawy Pzp. Powołanie się na pomyłkę nie może egzonerować Zamawiającego od odpowiedzialności za udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP. Wszak, Zamawiający naruszył podstawowe regulacje prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia fundamentalnej zasady, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 PZP). „Omyłka” Zamawiającego skutkowałą szeregiem dalszych naruszeń, takich jak m.in. zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, ustalenie krótszych terminów w ramach postępowania. Wyrażona w art. 17 ust. 2 PZP zasada legalizmu oznacza formalną zgodność czynności zamawiającego z przepisami PZP (uchw. Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. KIO/KD 52/19). Takiej zgodności nie dochowano w niniejszym postępowaniu, co przyznał sam Zamawiający, powołując się na pomyłkę. (...)

Następstwem ustalenia, że głównym przedmiotem zamówienia była dostawa instalacji fotowoltaicznej i instalacji gruntowej pompy ciepła z towarzyszącymi jej dostawie robotami budowlanymi, była konieczność uwzględnienia wartości tej dostawy w kontekście ustalenia, czy wartość zamówienia przekracza progi unijne i w związku z tym, które przepisy PZP dotyczące udzielenia zamówienia, tj. zawarte w dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne” czy dziale III „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne” należy zastosować. Nieprawidłowe ustalenia w tym zakresie, tj. ustalenie, że mamy do czynienia

z robotami budowlanymi, dla których określono wyższy próg unijny, doprowadziły w sposób oczywisty, do dalszych naruszeń, w tym niezastosowania przepisów działu II PZP, w szczególności art. 86 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, będącym właściwym publikatorem dla przedmiotowego postępowania z uwagi na rodzaj i wartość zamówienia, a w efekcie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 PZP). (...) Krajowa Izba Odwoławcza uważa również, iż z przywołanych przez Prezesa Urzędu przepisów art. 64 w zw. z art. 61 ust. 1 PZP wynika, że strona internetowa prowadzonego postępowania jest narzędziem, wykorzystywanym do celów komunikacji zamawiającego z wykonawcami za pomocą środków elektronicznych, które muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2023 r., poz. 57, 1123 i 1124) z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych i które nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Jak słusznie podniósł Prezes Urzędu, pełny dostęp do SWZ oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres SWZ, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś bezpośredni dostęp do SWZ oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do SWZ, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. Zasady te nie zostały dochowane, skoro na stronie miniPortalu nie umieszczono pełnego PFU, tj. przedmiarów robót uwzględniających remont dachu dla obiektów: (...). Dokumenty te zostały zamieszczone wyłącznie na stronie (...) w dniu 30 czerwca 2021 r. Zamawiający nie zapewnił do tych dokumentów zamówienia także, tzw. ścieżki bezpośredniego dostępu – ani w treści SWZ, ani na stronie miniPortalu, będącego stroną internetową prowadzonego postępowania. Tym samym, naruszona została zasada przejrzystości, której celem jest ograniczenie pola dla ewentualnych niejasności, nieporozumień, sprzeczności a co za tym idzie nadużyć, prowadzących do uznaniowości przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie do naruszenia zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP (art. 17 ust. 2 PZP).

Art. 18 ust. 3

4. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2499/23

Na początku rozważań Izba zauważa, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawia-

jący prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia wymaga, iż to jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

5. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3912/23

Izba podkreśla, że zasada jawności to fundamentalna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zatem wyłączenie czy ograniczenie jawności postępowania przetargowego powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.(...)

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery pro-

wadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Art. 74 ust. 2

6. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3276/23

Działanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie. Nie znajduje ono potwierdzenia także w § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 18 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), zgodnie z którym, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. W kontekście powyższego zauważenia wymaga, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Mając jednak na uwadze treść art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie poinformował wykonawców o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i o wynikach tego badania, a przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku, to termin na wniesienie odwołania na zaniechanie zamawiającego w tym zakresie należy liczyć od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. W rozpoznawanej sprawie, na dzień posiedzenia wyznaczonego z udziałem Stron i Uczestnika, tj. 16 listopada 2023 r., niesporne było, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej oraz że proces badania i oceny ofert jest

w toku, bowiem Zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i skierował do wykonawców stosowne wezwania. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie kierował do wykonawców pism informujących o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego w złożonych ofertach. (...)

Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie może być mowy o czynności Zamawiającego lub zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro z dokumentów zamówienia nie wynika, czy Zamawiający zakończył już analizę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawców w ofertach oraz jaki jest jej wynik. Co więcej, sam Zamawiający w toku posiedzenia przyznał, iż proces badania ofert, którego przecież elementem składowym jest ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w toku.

7. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3607/23

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący, co jest bezsporne, pismem z dnia 20 listopada 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum X, który ponowił pismami z dnia 22, 27 i 30 listopada 2023 r. Do dnia wniesienia odwołania Odwołujący takiej odpowiedzi nie otrzymał. Tymczasem protokół postępowania powinien być udostępniany od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie ustawa Pzp nie przewiduje żadnych ograniczeń. Dostęp do protokołu i jego załączników wymaga jedynie złożenia przez podmiot zainteresowany wniosku o umożliwienie mu takiego dostępu. Taki wniosek został przez Odwołującego złożony, a co więcej trzykrotnie był ponawiany. Załączniki do protokołu udostępnia się co do zasady dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (dokumenty żądane przez Odwołującego taki charakter by miały). Informacje o wyborze oferty konsorcjum X w zakresie części 1, 4 i 10 Odwołujący powziął w dniu 20 listopada 2023 r. Tak więc od tego momentu biegł termin na udostępnienie załączników do protokołu. Zamawiający powinien być więc żądane przez Odwołującego załączniki udostępnić, gdyż co do zasady udostępnienie powinno nastąpić niezwłocznie. Natomiast Zamawiający w sytuacji gdyby udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania byłoby utrudnione lub niemożliwe o fakcie tym powinien poinformować wnioskodawcę. A w tym stanie faktycznym tego nie uczynił. Nie udostępnił bowiem protokołu i załączników do protokołu. Nie poinformował także wykonawcy, że udostępnienie z przyczyn organizacyjnych – na takie bowiem wskazywał na rozprawie – nastąpi w terminie późniejszym. (...) Zamawiający, co jest niewątpliwe, naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Art. 85**8. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3227/23**

W przedmiotowej sprawie Strony za przedmiot sporu uczyniły kwalifikację udziału w badaniu rynkowym jako zaangażowanie w przygotowanie postępowania w rozumieniu art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie, biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, Izba przyjęła argumentację Odwołującego, iż udzielenie informacji cenowej nie stanowi czynności objętej dyspozycją wspomnianego przepisu. Doradztwo lub innego rodzaju zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania ze swej istoty ma dotyczyć przedmiotu zamówienia, warunków realizacji czy sposobu jego opisu, jednakże ustawodawca sanuje jedynie sytuacje, w którym udział ten negatywnie wpływa na konkurencyjność w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, że przesłana przez Odwołującego wycena, także z informacją o pożądanym terminie czy sposobie płatności, nie doprowadziła do sytuacji, w której zaburzona została konkurencyjność, a Odwołujący uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Wycena została dokonana na podstawie uzyskanych informacji o przedmiocie zamówienia, podanych w skrótowny sposób, zaś pozostałe elementy, takie jak termin dostawy i związane z dostawą dodatkowe obowiązki czy termin i podział płatności, służyły, jako elementy kosztotwórcze, zwiększeniu rzetelności podanej ceny.

Trzeba także wskazać, że wartość szacunkowa zamówienia została podana w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym wszyscy wykonawcy zainteresowani udziałem w Postępowaniu, mogli powziąć informację na ten temat. Stanowisko przeciwne, zakładające, że badanie doradztwa lub innego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania miałyby nastąpić w oderwaniu od skutku w postaci uzyskania przewagi konkurencyjnej wypacza sens omawianej instytucji. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Tym samym, czynności polegające na wycenie w ramach rozeznania rynku, jeśli nie miały negatywnego wpływu na zachowanie konkurencyjności, nie mieszczą się w dyspozycji art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 94 ust. 1**9. Wyrok z dnia 28 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3745/23**

Izba podkreśla, że Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonania oceny, czy Odwołujący jest wykonawcą określonym w art. 94 ust. 1 Pzp, tym samym spełniając

ww. warunek, oraz czy dokumenty złożone przez Odwołującego w celu wykazania spełnienia ww. warunku potwierdzają jego spełnienie, natomiast jeżeli Zamawiający uzna, że Odwołujący nie jest wykonawcą określonym w art. 94 ust. 1 Pzp i nie spełnia ww. warunku, to - jak wskazano powyżej - w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia jego oferty zobowiązany jest szczegółowo uzasadnić, dlaczego tak uczynił, w tym wskazać, dlaczego ww. dokumenty nie potwierdzają spełnienia ww. warunku.

Uwzględnienia przy tym wymaga, co trafnie podniósł Odwołujący, iż „ustawa Pzp, ani akty wykonawcze do ustawy nie zawierają katalogu konkretnych dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunku z art. 94 ust. 1 Pzp”. W konsekwencji Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku (...) określonego w rozdziale 7 pkt 7.2 SWZ może więc żądać tylko takich dokumentów, jakie zgodnie z art. 94 ust. 2 Pzp określił w dokumentach zamówienia. Należy w tym zakresie zauważyć, że stosownie do rozdziału 9 pkt 9.1 SWZ w tym zakresie wykonawca zobowiązany był złożyć „Dokument potwierdzający status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnej lub wykonawcy, którego głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.”, zaś załącznikiem nr 4 do SWZ był wzór „Oświadczeń wykonawcy/ wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia dotyczących spełnienia przesłanek z art. 94 ust. 1 Pzp”. Zamawiający zobowiązany jest przy tym wziąć pod uwagę wszystkie dokumenty złożone w Postępowaniu przez Odwołującego w celu wykazania spełnienia ww. warunku - dokument sporządzony według tego wzoru, datowane na 23 listopada 2023 r. pismo zatytułowane „Oświadczenie”, datowane na 22 listopada 2023 r. pismo zatytułowane „Dokument potwierdzający wymagany procentowy wskaźnik zatrudnienia osób, które będą realizowały zamówienie” oraz zatytułowany „Statut zespołu aktywizacji zawodowej osób marginalizowanych”, udzielone przez Odwołującego w zakresie treści tych dokumentów, a także, co również celnie podniósł Odwołujący, że w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą wyodrębniona organizacyjnie jednostka nie musi być wpisana w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz iż „przepisy nie zakazują przedsiębiorcy dokonywania w ramach organizacji firmy wyodrębnienia jej jednostek”.

Czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp nie można uznać za prawidłową wobec braku podstaw do przyjęcia, że Zamawiający prawidłowo ocenił, iż Odwołujący nie spełnia określonego w rozdziale 7 pkt 7.2 SWZ warunku udziału w Postępowaniu (a tym samym że nie jest wykonawcą, o którym mowa w art. 94 ust. 1 Pzp); w konsekwencji stanowiący następstwo odrzucenia oferty Odwołującego wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu również nie mógł zostać uznany za prawidłowy wybór oferty.

Art. 98 ust. 6**10. Wyrok z dnia 25 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2969/23,
KIO 2970/23**

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wykazał spełnienia powyżej wskazanej przesłanki zatrzymania wadium tj. nie wykazał, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił JEDZ. W tym kontekście należało przypomnieć, że zamawiający pismami z dnia 18 sierpnia 2023 r. zwrócił się do odwołującego z wezwaniem o uzupełnienie treści JEDZ w obu postępowaniach. W odpowiedzi na to odwołujący pismami z dnia 22 sierpnia 2023 r. zwrócił zamawiającemu uwagę, że wezwania z dnia 18 sierpnia 2023 r. były dla niego niezrozumiałe oraz nieprecyzyjne. Tym samym odwołujący zwrócił się do zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwań. Zamawiający nie odpowiedział na pisma odwołującego z dnia 22 sierpnia 2023 r. w wyniku czego odwołujący w dniu 24 sierpnia 2023 r. złożył ponownie JEDZ w obu postępowaniach, które były tożsame z pierwotnie złożonymi. Skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący odpowiadając na wezwania zamawiającego działał w dobrej wierze, tj. pozostawał błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że złożył prawidłowy JEDZ. Do wytworzenia tego przekonania po stronie odwołującego pośrednio przyczynił się zamawiający, który nie odpowiedział odwołującemu na pisma z dnia 22 sierpnia 2023 r. Ponadto zamawiający w pismach z dnia 26 września 2023 r., informujących odwołującego o zatrzymaniu wadium w obu postępowaniach nie odniósł się do tej kwestii tj. nawet nie wspominał, nie mówiąc już o tym, że nie wykazał, iż odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił JEDZ.

Art. 99 ust. 1**11. Wyrok z dnia 6 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3113/23**

Po pierwsze, Izba wskazała powyżej, że podmiotem odpowiedzialnym za sporządzenie dokumentacji zamówienia jest Zamawiający. Skoro zatem Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek odbycia konsultacji z producentem podajników funkcjonujących u Zamawiającego i ustalenia przed złożeniem oferty technologii produkcji i zakresu koniecznych modernizacji, to również obowiązkiem Zamawiającego jest umożliwienie każdemu wykonawcy przeprowadzenie takich konsultacji na równych zasadach. Zdaniem Izby sposób przeprowadzenia takich konsultacji winien być określony w dokumentach zamówienia, zaś z ich przebiegu sporządzony protokół. Pozostawianie wykonawcy na łaskę bądź niełaskę producenta urzędów, konkurującego z wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, jest oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i przerwaniem na wykonawcę odpowiedzialności za działania/zaniechania podmiotu trzeciego tj. producenta. Należy zadać sobie pytanie jaki obiektywnie interes ma producent w udzieleniu konkurencyj-

nemu wykonawcy jakichkolwiek informacji o funkcjonujących podajnikach, skoro ten właśnie producent ubiega się o przedmiotowe zamówienia. Zamawiający nie powołał się na żadne uregulowania umowne z producentem, które zobowiązywałyby producenta do rzetelnej współpracy z wykonawcami, a w przypadku uchylania się do takiej współpracy dawałby Zamawiający możliwość nałożenia jakiegokolwiek sankcji na producenta (...).

Zdaniem Izby, nie stanowi sam w sobie naruszenia art. 99 ust. 1 i 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp wymóg przeprowadzenia przed złożeniem oferty przez wykonawcę konsultacji z producentem istniejących podajników. Stanowi natomiast naruszenie w/w przepisów brak określenia w dokumentach zamówienia zasad i procedury przeprowadzenia takich konsultacji, jak również brak wskazania, że to Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia wszystkim wykonawcom na równych zasadach możliwości przeprowadzenia takich konsultacji (skoro sam formułuje taki wymóg), jak i możliwości zgłaszania zastrzeżeń do protokołu z ich przeprowadzenia. Nie ulega wątpliwości, że producent podajników obiektywnie znajduje się w lepszej sytuacji niż inni wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty. Jest producentem urządzeń, a zatem posiada już wiedzę co do ich technologicznego funkcjonowania. Niemniej jednak, Zamawiający decydując się na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest zobowiązany do zachowania zasady równego traktowania wykonawców i równego dostępu do informacji warunkujących możliwości złożenia porównywanych ofert w postępowaniu.

Art. 99 ust. 4

12. Wyrok z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2516/23

Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających takie działanie.

13. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3284/23

Nie ulega również wątpliwości, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb. Takie potrzeby mogą wynikać z indywidualnych uwarunkowań podmiotów publicznych i powodować, że liczba wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia będzie ograniczona. Fakt, że nie wszyscy wykonawcy oferujący daną usługę czy towar na rynku mogą uczestniczyć w postępowaniu nie przesądza wcale o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Zamówienia publiczne nie mogą służyć kreowaniu sztucznego popytu na określone usługi czy produkty, bowiem działanie takie skutkowało by nieefektywnym gospodarowaniem środkami publicznymi. Po to ustawodawca wprowadził m.in. w art. 83 ustawy Pzp instytucję analizy potrzeb i wymagań zamawiającego przed wszczęciem postępowania, aby podmioty publiczne weryfikowały jakie potrzeby publiczne będą realizowane, dlaczego i na jakich zasadach. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że ograniczenie konkurencji jakie niewątpliwie ma miejsce w ramach przedmiotowego postępowania było uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, które to potrzeby zostały w sposób prawidłowy wykazane przez Zamawiającego w ramach przeprowadzonego postępowania odwoławczego.

Zdaniem Izby, Odwołujący błędnie interpretuje zasadę efektywnego gospodarowania środkami publicznymi odnosząc ją wyłącznie do obowiązku nabycia przez Zamawiającego tańszego i równocennego preparatu oferowanego przez Odwołującego, pomijając przy tym istniejące uwarunkowania rynkowe. Po pierwsze Izba wskazuje, że efektywność ekonomiczna do jakiej zdaje się referuje Odwołujący, nie jest wyłączną i jedyną zasadą zamówień publicznych. Izba stoi na stanowisko, że podstawową zasadą zamówień publicznych jest realizacji potrzeb publicznych w sposób najbardziej odpowiadający oczekiwaniom obywateli. (...) Zatem wydatkowanie takich środków publicznych winno odbywać się przede wszystkim przy uwzględnieniu najdalej możliwych oczekiwań obywatela, przy uwzględnieniu możliwości finansowych Państwa.

14. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3438/23

System zamówień publicznych opiera się na szeregu zasad, w tym m.in. zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 Pzp. Opisanie przedmiotu zamówienia przez wymagania, które charakteryzują jedynie jeden z porównywalnych produktów dostępnych na rynku, służących temu samemu celowi, może stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkuren-

cji. Takie działanie bowiem eliminuje jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu. Powyższe znajduje odbicie w przepisie art. 99 ust. 4 Pzp regulującym kwestię przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem jednoznacznie z art. 99 ust. 4 Pzp Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że przepis ten stanowi iż zabroniony jest nie tylko taki opis, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale nawet taki, który „może ją utrudniać”. Polski ustawodawca tytułem przykładu wskazuje w katalogu otwartym, że przejawem utrudniania uczciwej konkurencji jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

15. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23

Fakt, że Odwołujący nie może oferować na wyposażenie ambulansów dystrybuowanych defibrylatorów nie oznacza, że Zamawiający narusza zasady czy działa wbrew prawu w innych jego obszarach. W tym wypadku Odwołujący stara się kreować jakie potrzeby winien mieć Zamawiający, a potrzeby te mają w ocenie Odwołującego odpowiadać w parametrach sprzętu, temu co może zaoferować Odwołujący. W ocenie Izby nie stanowi to poszukiwania ochrony dla konkurencyjności postępowania lecz narzucenie Zamawiającemu wymagań sprzętowych gwarantujących wykonawcy udział w zamówieniu. Odwołujący w swoim stanowisku, w swojej argumentacji opiera się na własnym przekonaniu, że „aparat, który oferuje pomimo nieco mniejszego ekranu zapewnia odpowiednią dla służb ratowniczych prezentację danych zarówno z bliższej jak i dalszej odległości”. Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji (tj. z dnia 8 grudnia 2022 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 171) Policja to umundurowana i uzbrojona formacja służąca społeczeństwu i przeznaczoną do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5 w Policji, z uwagi na zakres i charakter wykonywanych zadań, wyróżnia się następujące rodzaje służb: kontrterrorystyczną. Niewątpliwie również i ww. jednostki Policji prowadzą działania ratownicze w określonych sytuacjach w szczególności w odniesieniu do własnych funkcjonariuszy. Zapewne również na potrzeby obywateli mogą prowadzić działania ratownicze ale te zapewne są działaniami incydentalnymi w stosunku do podejmowanych zadań oraz do zadań podejmowanych przez służby ratownicze jak pogotowie czy straż pożarna. Niewątpliwie charakter i zakres działania formacji kontrterrorystycznej charakteryzuje również specyfikę działań oraz rodzaj niesionej pomocy i ochrony bezpieczeństwa obywateli.

16. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3775/23

Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. (...)

Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do lakonicznego stwierdzenia, że wymóg przeniesienia autorskich praw majątkowych stanowi barierę w dostępie do zamówienia. Odwołujący nie przedstawił ani twierdzeń, ani dowodów, które pozwalałyby uznać, że faktycznie taka bariera istnieje i że doszło do potencjalnego ograniczenia czy utrudnienia uczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że na potrzeby realizacji zamówienia wykonawca musiałby dostosować standardowe oprogramowanie lub stworzyć aplikację mobilną od podstaw, nie powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Ewentualne niedogodności dla wykonawcy związane z realizacją zamówienia nie świadczą o ograniczeniu konkurencji. Wykonawca jest w stanie wycenić tego rodzaju prace, jeśli okażą się one konieczne. (...)

Działania Zamawiającego należy uznać za przemyślane i ocenić je pozytywnie, jak wynika bowiem z doświadczenia życiowego na rynku usług informatycznych niejednokrotnie dochodzi do sytuacji, w których niezapewnienie sobie na etapie realizacji zamówienia przez instytucję zamawiającą kodów źródłowych i majątkowych praw autorskich do dostarczanego rozwiązania dedykowanego, powoduje następnie szereg problemów związanych z realizacją kolejnych zamówień na dalszy rozwój tego rozwiązania czy jego utrzymanie, kiedy okazuje się, że bez współdziałania ze strony dostawcy rozwiązania informatycznego jakiegokolwiek działania nie są możliwe. Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego, iż aplikacja mobilna (i analogicznie portal) stanowi oprogramowanie specyficzne, mające być szczegółowo dostosowane do wymagań Zamawiającego, co uzasadnia przeniesienie autorskich praw majątkowych, gdyż oddzielenie uniwersalnej części kodu programistycznego od kodu napisanego wyłącznie dla Zamawiającego jest niemożliwe w taki sposób, żeby był użyteczny i stanowił realną wartość dla Zamawiającego.

Art. 106 ust. 1**17. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23**

Z powyższego dodatkowo wynika, że w przypadku systemów do radioterapii protonowej, oznakowanie urządzenia znakiem CE dokonywane jest przez producenta, a nie przez jednostkę notyfikowaną. Konieczne więc było złożenie przez wykonawcę dokumentu, z którego wynika, że to producent – a nie jednostka notyfikowana – oznaczył takim znakiem urządzenie. Stanowisko odwołującego także w tym

zakresie pozostało gołosłowne i niepotwierdzone. W szczególności, że certyfikat zgodności wydawany przez jednostkę notyfikowaną nie jest dokumentem, który stanowi podstawę do dopuszczenia wyrobu medycznego na rynek europejski czy oznaczenia produktu znakiem CE, a stanowi tylko obligatoryjną składową certyfikatu CE/deklaracji zgodności UE, tj. producent uwzględniając wydany przez jednostkę notyfikowaną certyfikat zgodności wydaje deklarację zgodności UE. Dlatego deklaracja zgodności UE dla wyrobów medycznych klasy II b musi w swojej treści zawierać oznaczenie jednostki notyfikowanej, która w procesie oceny zgodności wydała certyfikat zgodności. Niemniej, nawet w przypadku udziału jednostki notyfikowanej, oznakowanie CE nadawane jest przez producenta, a nie przez jednostkę notyfikowaną. Wynika to z postanowień załącznika nr IV do dyrektywy 2014/53/UE, gdzie określono, że to producent umieszcza oznakowanie CE oraz numer identyfikacyjny jednostki notyfikowanej, oraz że to producent sporządza pisemną deklarację zgodności UE (pkt 5.1 i 5.2 załącznika nr IV do dyrektywy 2014/53/UE). Certyfikaty wydawane przez jednostki notyfikowane stanowią tylko jeden z wielu dokumentów niezbędnych do wydania deklaracji zgodności UE i nie jest to przedmiotowy środek dowodowy z art. 105 ust. 1 p.z.p., jak próbuje narzucić odwołujący. Mowa tam jest o certyfikacie wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdaniu z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Certyfikat CE/deklaracja zgodności UE wymagany w postępowaniu stanowi inny przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 106 ust. 1 p.z.p. Ponadto, w świetle przepisów wspomnianej dyrektywy 2014/53/UE oznakowanie przez producenta znakiem CE następuje przed wprowadzeniem urządzenia do obrotu (art. 20 ust. 2 dyrektywy). Przy czym istotne jest, że przez wprowadzenie do obrotu rozumie się udostępnienie urządzenia na rynku unijnym po raz pierwszy (art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy). Jeśli urządzenie nie jest produktem wyprodukowanym jednokrotnie, lecz jest urządzeniem produkowanym co najmniej kilkukrotnie, urządzenie to oznaczone zostało przez producenta znakiem CE przy udostępnieniu go na rynku unijnym po raz pierwszy i to wówczas składana jest deklaracja zgodności UE.

Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2

18. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3716/23

Należy przypomnieć w tym miejscu, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1 tego artykułu. Ustawodawca zatem jednoznacznie wskazał, że wyklucza się z postępowania takiego wykonawcę, którego „urzędującego członka organu” skazano za określone w ustawie Pzp przestępstwa.

Przypomnienia wymaga także, że w dniu składania ofert wykonawcy składają, wraz z ofertą JEDZ, jako dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tak też uczynił przystępujący, który w złożonym wraz z ofertą w dniu 21 września 2023 r. dokumencie JEDZ zadeklarował, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i, że nie istnieją wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania, w tym dotyczące tego, że urzędujący członkowie organu nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa wymienione w przepisach ustawy Pzp.

Jak wynika ze zgromadzonych w sprawie dowodów w dniu 23 października 2023 r. Pan X został wykreślony z KRS Y S.A. Z kolei przystępujący został wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 23 listopada 2023 r. Zgodnie z wezwaniem zobowiązany był przedłożyć dokumenty, które miały być aktualne na dzień ich złożenia, w tym między innymi Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej 6 miesięcy przed jej złożeniem, potwierdzającą niekaralność członków zarządów, rad nadzorczych i prokurentów. Tym samym, w ocenie Izby, powyższy wymóg dotyczący wykazania niekaralności nie dotyczył członków organu, którzy złożyli wcześniej rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów Pan X zrezygnował z pełnienia funkcji członka Rady Nadzorczej Y S. A. i na dzień 23 listopada 2023 r. nie był członkiem rady nadzorczej (przestał pełnić funkcję w dniu 30 września 2023 r.), nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby.

Izba nie podzieliła w tym wypadku argumentacji odwołującego, który wskazywał, że takie podejście pozwala na dowolną wymianę członków organu wykonawcy w trakcie postępowania, jeżeli Ci zostaną prawomocnie skazani. Nie budzi bowiem wątpliwości, że wykonawca nie może podlegać wykluczeniu przez cały okres trwania postępowania tj. od momentu złożenia oferty do jego zakończenia. Różny jest jednak sposób, w jaki wykonawca potwierdza brak istnienia podstaw wykluczenia, w zależności od etapu postępowania o udzielenie zamówienia. Wraz z ofertą wykonawca składa wstępne oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu, z kolei wezwany przez zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych zobowiązany jest, za pomocą dokumentów, które mają być aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzić prawdziwość złożonego wraz z ofertą oświadczenia.

Art. 108 ust. 1 pkt 5

19. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2512/23

W doktrynie uznaje się, że do wykazania zawarcia porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumie-

nia określającego taki bezprawny cel. Wystarczające jest, gdy całokształt okoliczności sprawy pozwala na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zмовы przetargowej.

Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku analizy stanu faktycznego sprawy, w szczególności dokumentów przekazanych przez Odwołującego, dotyczących innych postępowań. Fakt zawarcia zмовы przetargowej może być logicznym wnioskiem wyprowadzonym na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, w tym także na podstawie dotychczasowych działań wykonawców.

W wielu dotychczasowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powtarza się taki sam schemat postępowania obu Wykonawców (wskazany powyżej - w postaci rozstawiania ofert i doprowadzania do odrzucenia jednej z nich). Również w niniejszym postępowaniu Wykonawca X, który złożył ofertę z ceną najkorzystniejszą (tj. najniższą), nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumentów podmiotowych. W konsekwencji wybrana została oferta Wykonawcy Y, która to oferta zawierała cenę wyższą (mniej korzystną dla Zamawiającego). Taka sama sytuacja dotyczyła pięciu części niniejszego postępowania. Notoryjność działań obu tych Wykonawców wykazana przez Odwołującego oraz powtórzenie takiego samego działania w niniejszym postępowaniu powinny być doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że doszło do zмовы przetargowej obu Wykonawców. Powiązania rodzinne, uprzednia współpraca w ramach jednej firmy, korzystanie z własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, jednakowo przygotowane pod względem formy i treści oświadczenie zawarte w ofercie obu Wykonawców, dotyczące posiadanych zasobów (dysponowania pojazdami) oraz powtarzający się schemat postępowania w zakresie rozstawiania ofert i wycofywania jednej z nich, są okolicznościami potwierdzającymi zawarcie nielegalnego porozumienia zakłócającego konkurencję.

20. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2726/23

Zarzuty podniesione względem czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę X zostały sformułowane w oparciu o ustalenie, iż Zamawiający w sposób bezzasadny pominął przy ocenie tej oferty okoliczność, iż w stosunku do Wykonawcy stwierdzono wyrokiem KIO z 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2128/23 i 2134/23, iż podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, co nastąpiło na okres 3 lat na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykluczenie Wykonawcy również w obecnie prowadzonym postępowaniu stało się konieczne.

(...) należało w pierwszej kolejności odnieść się do pojęcia, które nie zostało jasno zdefiniowane i opisane zostało, jako „zdarzenie będące podstawą wykluczenia”, od którego zaistnienia Ustawa wiąże okres wykluczenia na 3 lata, w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W wyroku z dnia 30.03.2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Zs 5/23 potwierdził, iż do wykluczenia nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji stwierdzającej istnienie „zmo-

wy przetargowej”. Możliwość różnej interpretacji w ocenie Sądu ukierunkowuje interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych. Sąd wskazał na zasadę czystych rąk, która oznaczać ma, iż nie może powoływać się na naruszenie zasad współżycia społecznego osoba, która sama zasady te (lub przepisy prawa) narusza (postanowienie SN I CSK 812/19). Określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest w ocenie Sądu tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą się mieścić różne stany faktyczne. W sytuacji, gdy sankcja nałożona zostaje w związku z decyzją organu stwierdzającą zachowanie stanowiące naruszenie normy prawnej, powołując się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone, m.in. w wyroku C-124/17, Sąd kierując się troską o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa uznał, iż okres 3 lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji. Ocena Sądu odnoszona była do sytuacji, w której stwierdzenie działania naruszającego przepisy antymonopolowe nastąpiło przez sąd antymonopolowy, o czym zamawiający nie był informowany do czasu wydania orzeczenia. Ponieważ okres wykluczenia liczony od zachowania upływałby wcześniej, niż czas w jakim toczyło się i zakończyło postępowanie antymonopolowe, Sąd uznał, w tych okolicznościach, że okres wykluczenia powinien być liczony od dnia wydania orzeczenia. Sąd wskazał, iż funkcja prewencyjna i represyjna art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy (przy znowie przetargowej) opiera się na istotnym elemencie relacji pomiędzy zwycięskim oferentem, a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca. Zatajenie informacji w postępowaniu o prowadzonym postępowaniu przed sądem antymonopolowym w istocie rzeczy uniemożliwiło zamawiającemu zastosowanie sankcji wykluczenia.

Przenosząc powyższe na stan rozpoznawanej sprawy, skład orzekający uznał, iż dla oceny działań Wykonawcy znaczenie ma zarówno wyrok KIO – przesądzający o prawidłowości oceny zachowania, które wyczerpywało znamiona znowy przetargowej, jak również postawa samego Wykonawcy w przetargu, który pomimo świadomości skutków, jakie niesie dla niego decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, nie informował o zdarzeniu Zamawiającego, uniemożliwiając dokonanie rzetelnej oceny sytuacji Wykonawcy w postępowaniu, jak również zaniechał procedury self-cleaningu, po tym jak zapadł wyrok w sprawie KIO 2128/23 i 2134/23.

21. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/23

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „aby można stwierdzić, że doszło do istnienia znowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej

sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmywy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22). Celem przepisu jest zapewnienie istnienia realnej rywalizacji między wykonawcami postępującymi uczciwie względem siebie i zamawiającego. A podstawą dla uznania zgodnie z przepisem, że doszło do niedozwolonego porozumienia jest wykazanie tego faktu także za pomocą domniezań faktycznych i nawet bez dowodów bezpośrednich. Okoliczności muszą jednak w sposób logiczny pozwalać na ustalenie prawdopodobieństwa zajścia określonej sytuacji. Samo istnienie pewnych okoliczności nie w każdej sytuacji uzasadnia dopuszczalność wykluczenia, dla której konieczna jest ocena całokształtu powiązań oraz zachowań wykonawców. Jednocześnie o ile na etapie postępowania o udzielenie wystarcza stwierdzenie istnienia wiarygodnych przesłanek niedozwolonego porozumienia o tyle w postępowaniu odwoławczym obowiązuje ogólny rozkład ciężaru dowodowego z art. 534 ust. 1 Pzp nakładający na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z całą pewnością nie jest to równoznaczne ze zwolnieniem zamawiającego z wykazania prawidłowości powziętego przekonania i podjętej decyzji.

(...) Izba zwraca uwagę na to, że sytuacja zakazu składania dwóch ofert w jednym postępowaniu nie jest zrównana ze złożeniem oferty podwykonawczej i nie jest zakazana na gruncie Ustawy. Izba stwierdza również, że fakt zawarcia umowy ramowej z jednym lub dwoma wykonawcami nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku zamawiania u żadnego z nich usług. Sam fakt współwystępowania jednego wykonawcy w roli konsorcjanta i podwykonawcy w umowach ramowych nie przesądza o ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji i nie jest sprzeczny z Ustawą ani uznk. Podobnie to, że podwykonawca zna zarówno swoją ofertę jako konsorcjanta i ofertę jako podwykonawcy nie wystarcza dla uprawdopodobnienia wystąpienia zmywy. Powyższe, wobec tego, że żadne dowody ani okoliczności nie wskazują na to, że znał ofertę Odwołującego lub uzgadniał jej treść. O wystąpieniu zmywy i zakłóceniu konkurencji nie przesądza także fakt, że oferta podwykonawcza uwzględniona została w ofercie X, co jest naturalną konsekwencją udzielenia przez Y zasobów dla X.

(...) Zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. Beneficjentem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wykonawcy uczestniczący w zmowie, co dzieje się ze szkodą dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą zmywy przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregokolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zmywy np. poprzez dokonywanie płatności

tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo, iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów, (...).

22. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3569/23

Nie może być tak, że w tym samym postępowaniu w zakresie jednej części zamówienia Zamawiający stwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i może wykonywać część zamówienia, a w innej części tego samego zamówienia Zamawiający stwierdza, że wykonawca zawarł znowę przetargową i jego oferta podlega odrzuceniu, ale tylko w tej części zamówienia. Stwierdzenie znowy przetargowej w stosunku do danego wykonawcy/wykonawców to potwierdzenia naganego zachowania tych wykonawców na rynku, którego sankcje określa ustawodawca w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i jednocześnie w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, i jednoczesnego odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uznaje, że Odwołujący zawarł niedozwolone porozumienie i odrzuca jego ofertę w części II zamówienia, a jednocześnie nagradza Odwołującego przyznając mu zamówienie w części IV zamówienia. Takie działanie nie może być aprobowane. Naganne zachowanie wykonawcy nie może ulegać relatywizacji w poszczególnych częściach zamówienia. Skoro Zamawiający uznał, że takie zachowanie (tj. zawarcie niedozwolonego porozumienia) miało miejsce, to konsekwencją takich ustaleń, winno być również wykluczenie Odwołującego z postępowania. Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie : cyt: „art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP winien być stosowany nierozdzielnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP — a więc z możliwością zapewnienia wykonawcy procedury samooczyszczenia. Zamawiający ocenił jednak okoliczności sprawy i uznał, że żaden z wykonawców uczestniczących w znowie nie jest w stanie podjąć w tym postępowaniu kroków, które mogłyby doprowadzić do uzdrowienia zaistniałej sytuacji. Tak więc wzywaniem wykonawców do przeprowadzenia procedury self-cleaningu byłoby jedynie formalnością, z góry skazaną na niepowodzenie”. Zamawiający nie może wchodzić w rolę wykonawcy. Nie może również podejmować a priori decyzji co do oceny procedury self – cleaningu, bez posiadania wyjaśnień wykonawcy. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie przyznaje Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w ramach self – cleangu z uwagi na uznanie przez Zamawiającego a priori że takie wezwanie jest z góry skazane na niepowodzenie. Stąd też stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w/w zakresie Izba uznaje za niezasadne.

23. Wyrok z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3822/23

Zgodzić się należy z Odwołującym, że dla wykazania zawarcia porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych, jako zakazanych z mocy UOKiK, obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. (...)

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu w którym występuje szereg podobieństw w działaniu ww. podmiotów zarówno na etapie poprzedzającym składanie ofert, jak również na etapie po złożeniu ofert. Biorąc pod uwagę okoliczności, świadczące o istniejącej relacji pomiędzy ww. wykonawcami (tj. nie tylko powiązania rodzinne, czy wieloletnia współpraca, ale i posługiwanie się przez wykonawcę X nazwą Filia Y, jak również prowadzeniem działalności przez ten podmiot pod tym samym adresem jak wykonawca Y poleganie na zasobach tego samego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), w pełni zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest wysnuć wniosku, że wykonawcy ci celowo zadziałali w porozumieniu żeby zamówienie uzyskał podmiot oferujący jego wykonanie za wyższą cenę.

Potwierdzenie powyższego domniemania stanowi w ocenie Izby w szczególności zachowanie obu podmiotów w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert. Oba podmioty dokonywały wówczas w zbliżonych godzinach analogicznych zmian we wpisach do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej, w szczególności w zakresie kodów PKD prowadzonej działalności oraz adresów stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej. W ocenie Izby działania obejmujące usunięcia przez wykonawcę X w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert z nazwy prowadzonej działalności zwrotu „Y”, a także usunięcie adresu dodatkowego stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej, który był zbieżny z adresem wykonawcy Y, jak również deklarowane rozwiązanie wieloletniej umowy o współpracę w przeddzień terminu składania ofert, przy jednoczesnym dalszym wykonywaniu zobowiązań wynikających z tej umowy, nosiły znamiona działań pozornych, zmierzających do ukrycia faktycznego powiązania obu wykonawców.

Ponadto nie sposób pominąć faktu, iż już po terminie otwarcia ofert działania i czynności obu tych wykonawców były zbieżne (np. w zakresie nieudzielania wyjaśnień ceny w zakresie części 1), jak również faktu składania identycznych, pod kątem treści i formy pism w toku postępowania. Tak należy ocenić wyjaśnienia treści ofert złożone przez wykonawcę X dnia 21.11.2023 r. oraz przez wykonawcę Y w dniu 17.11.2023 r. Pisma te zawierają analogiczną treść, posługują się

tożsamymi zwrotami a nawet zawierają identyczne błędy gramatyczne czy interpunkcyjne. Co istotne w odpowiedzi X zastosowana została forma żeńska czasowników w zwrotach takich jak: „naraziłabym się na kary umowne...”, „chciałabym zauważyć...” . Zwroty te zostały użyte w tym samym kontekście, w tożsamych częściach pism i odpowiedzi na analogiczne zagadnienia, które były przedmiotem wyjaśnień. W powyższym kontekście zwraca uwagę również złożone przez obu ww. wykonawców oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, które nie różnią się nawet umiejscowieniem cyfr w wykropkowanych polach.

Powyższe okoliczności w powiązaniu z brakiem odpowiedzi wykonawcy Y na wezwanie w kwestii rażąco niskiej ceny w zakresie części 2 postępowania, w następstwie czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy X, będąca druga w rankingu, wskazuje w ocenie składu orzekającego Izby, że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania ww. wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W ocenie Izby powiązania biznesowe i osobiste wykonawców, skala podobieństw graficznych w dokumentacji ofertowej złożonej przez obu wykonawców oraz w dokumentach składanych w toku postępowania, podobieństwo zachowań, stosowanej argumentacji oraz chronologia przesyłania i uzupełniania dokumentów do Zamawiającego, świadczą po dokonaniu ich łącznej oceny o zaistnieniu w przedmiotowym postępowaniu okoliczności pozwalających na zakwalifikowanie działań wykonawcy X prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą X oraz wykonawcy Y jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zмовы przetargowej

24. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3799/23, KIO 3805/23

Przede wszystkim uznać należy, iż małżonkowie X nie konkurowali ze sobą – złożyli oferty na dwie różne, odrębne części zamówienia. Izba nie widzi w samej czynności wniesienia przez osoby powiązane osobowo ofert na dwie różne części postępowania działania mogącego zakłócić konkurencję, w tym mogącego ograniczyć możliwość konkurowania w tym postępowaniu przez innych wykonawców lub w inny sposób wpłynąć na proces badania i oceny ofert, a co za tym idzie na wybór konkretnej oferty. (...) Zamawiający uznał, że Odwołujący małżonkowie wspólnie mieli większe szanse na uzyskanie zamówienia w stosunku do swoich konkurentów. Nie można a priori uznać, że Pan X pozornie tylko udostępnił zasoby małżonkowie, a tak naprawdę sam będzie wykonywał nie tylko zamówienie w części 2, ale również zamówienie w części 1, skoro brak ku takiemu wnioskowaniu stosownych przesłanek, dowodów. W istocie, jak wynika z Zobowiązania z dnia 29 listopada 2023 r. dotyczącego udostępnienia zasobów, Pan X zobowiązał się udostępnić Pani X zasoby w zakresie: Udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania usług kosztorysowych (związanych z remontem lokali, lub remontem/przebudową budynku/budynków mieszkalnych, użytkowych lub uży-

teczności publicznej obejmujące swym zakresem min. roboty ogólnobudowlane) o łącznej wartości minimum 200 000,00 brutto.” poprzez: „Przekazanie wiedzy i doświadczenia w celu sporządzenia kosztorysów inwestorskich. Wsparcie wykonawcy na każdym etapie wykonania zadania. Wsparcie w organizacji, pomiarach lokali, realizacji i monitoring wykonywanego zadania. Każdorazowe konsultowanie, opiniowanie i sprawdzanie wykonywanych kosztorysów inwestorskich.” W zakresie leżącym po stronie Pana X nie leżało ani wykonywanie przedmiarów robót ani opracowywanie kosztorysów inwestorskich, lecz jedynie wsparcie w czynnościach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz konsultacja, opiniowanie i sprawdzanie kosztorysów.(...) wykonawcy nie naruszyli bowiem wskazanego postanowienia SWZ (rozdział III pkt 6 SWZ), żadne z nich nie złożyło oferty na więcej niż jedną część zamówienia, zaś Pan X udzielając Pani X zasobów i będąc podwykonawcą w ograniczonym zakresie – nie stał się tym samym wykonawcą, który w rzeczywistości wykona oba zamówienia, a bynajmniej Zamawiający w żaden sposób takiej okoliczności nie wykazał. Zakres udostępnienia zasobów i uczestnictwa Pana X w wykonywaniu zamówienia w części 1 – nie wyczerpuje zakresu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia (rozdział III SWZ, załącznik nr 6 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia). Nie ulega wątpliwości, iż zarówno korzystanie z zasobów, jak też podwykonawstwo, było dopuszczalne. Izba nie podziela również poglądu, iż Zamawiający miał podstawy, by uznać, że odwołujący małżonkowie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z zawartym w art. 4 pkt 14 tej ustawy słowniczkiem obejmującym definicję legalną „grupy kapitałowej”, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. O kontroli może być zaś mowa, gdy mamy do czynienia z jakąkolwiek formą bezpośredniego lub pośredniego posiadania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców (art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). (...) Zamawiający nie wykazał zaś, by którykolwiek z Odwołujących miał kontrolę – w rozumieniu ww. przepisów nad drugim, a tym samym nie wykazał, by małżonkowie X tworzyli grupę kapitałową w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Fakt, że Odwołujący prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem, że Pani X w swojej ofercie powołała się na zasoby Pana X, czy też nawet, że wadium zostało zapłacone z konta X – nie świadczy o tym, by którykolwiek z małżonków miał kontrolę nad drugim. Zauważyć należy, iż w momencie składania ofert pomiędzy małżonkami istniał ustrój majątkowej wspólności ustawowej, co oznacza, że mieli oni równe udziały i prawa w całym małżeńskim majątku. (...) Zamawiający nie ustalił zaś, by którykolwiek małżonek miał decydujący wpływ

na drugiego małżonka lub kontrolę nad majątkiem drugiego. Okoliczności posiadania większej wiedzy i doświadczenia przez Pana X – nie przekłada się na stosunek dominacji nad drugim przedsiębiorcą – Panią X. Pani X nie jest zależna od Pana X w tym znaczeniu, że Pan X może wydawać jej obiektywnie wiążące polecenia, w szczególności co do wykonywania zamówienia. A już na pewno stosunek zależności nie tworzy się – jak uznał Zamawiający – przez to, że X ma większe doświadczenie i będzie wspierał Panią X. Co więcej, gdyby dać się przekonać Zamawiającemu, że wskazane poszlaki, a w istocie sam już fakt więzi osobowych – tutaj małżeńskich – wystarczy do uznania, że małżonkowie X nie powinni byli składać dwóch ofert w tym postępowaniu, oznaczałoby to dopuszczenie do znacznego ograniczenia konkurencji na gruncie krajowym, a nawet unijnym. Według bowiem utartego w tym względzie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości, w kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji w interesie Unii Europejskiej pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów. Co za tym idzie, istotne jest zachowanie zasady proporcjonalności w przypadku decydowania o wykluczeniu wykonawców z postępowania z uwagi na domniemane zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję. W wyroku z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. C-538/07, Assitur), Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż uregulowania krajowe, w zakresie w jakim rozciągają zakaz udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na sytuacje, w których łączący zainteresowane przedsiębiorstwa stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w ramach takich procedur, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Powyższe należy tym bardziej odnieść do sytuacji, w której brak możliwości wskazania na stosunek dominacji i zależności, a wykonawców wiąże jedynie więź osobowa, jak w przypadku małżonków X. Jak podkreślił Trybunał: „Takie uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 33, 35; ww. wyrok w sprawie Michaniki, pkt 62).”

Art. 108 ust. 1 pkt 6

25. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2500/23

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na to, że wykluczenie wykonawcy z uwagi na zakłócenie konkurencji jest ostatecznością. W pierwszej kolejności sam zamawiający powinien podjąć kroki zmierzające do ochrony konkurencyjności postępowania, które ustawodawca wymienia przykładowo w art. 85 ust. 1 ustawy,

czyli przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania. Drugim krokiem jest umożliwienie wykonawcy udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Przy czym niesporne było, że to nie wykonawca był zaangażowany w przygotowanie postępowania, ale jego prokurent.

26. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2963/23

Z powyższego wynika, że z treści wskazanych wyżej postanowień wzoru umowy odwołujący powziął wiedzę co najmniej o fakcie, iż dokumentacja projektowo-kosztorysowa, wykonana przez przystępującego i będąca przedmiotem aktualizacji w niniejszym postępowaniu, będzie mogła zostać mu przekazana dopiero po ewentualnym wyborze jego oferty i zawarciu umowy. Jest to o tyle istotne, iż – jak podnosił pełnomocnik odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą – przewaga przystępującego nad pozostałymi wykonawcami wynikała z tego, że zamawiający nie udostępnił wykonawcom dokumentacji, która ma zostać zaktualizowana (dowód: oświadczenie pełnomocnika odwołującego zawarte w protokole posiedzenia i rozprawy z dnia 20 października 2023 roku w sprawie: KIO 2963/23). Odwołujący nie podniósł wszakże zarzutów wobec wskazanych zapisów wzoru umowy w terminie liczonym od dnia udostępnienia wykonawcom treści SWZ, w tym treści wzoru umowy.

Bierność odwołującego w tym zakresie nie oznacza, że może on skutecznie podnosić zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Izba podkreśla, że zarówno wskazany przepis ustawy P.z.p., jak i art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy stanowią o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie wtedy, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazane unormowania nie mogą mieć zastosowania wówczas, gdy zakłócenie konkurencji mogło być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie wykonawcy z postępowania, ale sposób ten nie został zastosowany na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wykonawca zainteresowany jego zastosowaniem nie zakwestionował zaniechania zamawiającego w tym zakresie w terminie przewidzianym ustawą P.z.p. Izba podziela tu stanowisko zamawiającego, iż wskazane przepisy mają chronić nie tylko wykonawcę, który nie był, jak i tego, który był zaangażowany z przygotowanie postępowania. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie może bowiem pozostawać w niepewności co do tego, czy brak działań zamawiającego w kwestii wyeliminowania zakłócenia konkurencji na etapie przygotowania zamówienia, będzie skutkowało jego wykluczeniem z postępowania. Jednocześnie wykonawca taki nie jest zainteresowany kwestionowaniem czynności i zaniechań zamawiającego w tym zakresie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, a zarzuty w tym zakresie winien podnosić wykonawca, który uważa, że jego pozycja w postępowaniu jest słabsza w związku z zakłóceniem konkurencji wynikających w wcześniejszego zaangażowania wykonawcę z przygotowanie postępowania.

Tym samym Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., gdyż zakłócenie konkurencji mogło być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. poprzez przekazanie wszystkim wykonawcom dokumentacji projektowo-kosztorysowej, co przyznał sam odwołujący na rozprawie w dniu 20 października 2023 roku. Zarzuty na zaniechanie przekazania dokumentacji odwołujący winien był podnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SWZ na stronie internetowej zamawiającego. Podnoszenie ich w terminie późniejszym należy uznać za spóźnione i nieuzasadniające żądania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

27. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23

Rozstrzygnięcie sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie czy okoliczność bezsporna jaką było przygotowanie przez podmiot udostępniający Przystępującemu zasoby projektu budowlanego Inwestycji stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ oraz realizacja zamówienia, w wyniku którego X przygotował projekt budowlany doprowadziło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w konsekwencji czego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. (...)

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności wskazuje, że bezsporna była okoliczność, iż Zamawiający przewidział w postępowaniu termin składania ofert dłuższy niż wymagany ustawą pzp, który następnie był przez Zamawiającego wydłużany, również na wniosek Odwołującego, do którego Zamawiający się przychylił. Ostateczny termin na przygotowanie ofert był ponad dwukrotnie dłuższy niż wymagany ustawą pzp. Bezsporne również było, że Zamawiający umożliwił Wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnej oraz udostępnił w ramach dokumentów zamówienia projekt budowlany przygotowany przez X. W ocenie Izby Zamawiający faktycznie podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że nie dojdzie w postępowaniu do zakłócenia konkurencji. Brak w protokole wskazania tych środków jest zdaniem Izby wyłącznie uchybieniem formalnym, które nie może skutkować automatycznie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. (...)

W szczególności Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom wszystkich istotnych informacji, które uzyskał w związku z zaangażo-

waniem wykonawcy w przygotowanie postępowania. W tym kontekście istotnym jest, że zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy pzp: „jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.” Mając na względzie okoliczność niekwestionowaną przez Odwołującego, że to Zamawiający był autorem PFU w przedmiotowym postępowaniu to uznać należy, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia bez udziału innych podmiotów. Niewątpliwie, Zamawiający udostępnił również wykonawcom projekt budowlany przygotowany przez X z czego Odwołujący wywodził zaangażowanie w przygotowanie postępowania. Okoliczność ta jednak nie prowadzi zdaniem Izby do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący oparł zarzut na przypuszczeniu, że X był autorem dodatkowych dokumentów technicznych poprzedzających wykonanie projektu budowlanego, które miałyby pozwolić Przystępującemu na złożenie korzystniejszej oferty w postępowaniu, ale tezy tej nie udowodnił. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący był w posiadaniu jakichś dodatkowych informacji, które spowodowałyby przewagę konkurencyjną w postępowaniu.

Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c

28. Wyrok z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2574/23

Wykładnia literalna przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp prowadzić będzie do następujących wniosków: z postępowania można wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną, przy czym naruszenie ww. obowiązków nastąpiło na terytorium Unii Europejskiej, natomiast nie można wykluczyć z postępowania wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną, przy czym naruszenie ww. obowiązków miało miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Podczas, gdy w innej jednostce redakcyjnej artykułu 109 ust. 2 w lit. a, ustawodawca przewiduje, że wykluczeniu podlega zarówno wykonawca, będący osobą fizyczną skazaną prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XX Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, jak również wykonawca, będący osobą fizyczną skazaną prawomocnie za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.

Taka wykładnia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp pozostaje nie do pogodzenia z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, interpretacja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp może mieć miejsce tylko poprzez pryzmat zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Wskazać należy, że ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp wskazując na obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz z przepisów zabezpieczeniu społecznym nie odsyła do konkretnych ustaw, a zatem ustawodawca nie widział potrzeby dodatkowego wskazania, że chodzi o naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz z przepisów zabezpieczeniu społecznym lub naruszenia odpowiednich obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz z przepisów zabezpieczeniu społecznym, określonych w prawie obcym.

Należy podkreślić, że Odwołującym, że obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska i prawa pracy, których naruszenia dopuścił się (...) zostały wskazane również w krajowych przepisach prawa, np. obowiązek ochrony środowiska przed odpadami uregulowany został w ustawie o odpadach, która przewiduje za powyższe kare pieniężną, obowiązek ochrony środowiska przed hałasem został przewidziany w ustawie Prawo ochrony środowiska, którego naruszenie wiąże się z nałożeniem kary pieniężnej.

29. Wyrok z dnia 25 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2969/23, KIO 2970/23

Naliczenie ww. kar pieniężnych, ich wysokość oraz ostateczny charakter decyzji administracyjnych na podstawie, których zostały one naliczone, były okolicznościami niespornymi.

Odwołujący w swojej argumentacji odnoszącej się do tych zarzutów podnosił, że ww. decyzje administracyjne dotyczyły działalności wykonywanej przez odwołującego na terenie województwa opolskiego, a więc w zupełnie innej i odległej od obszaru funkcjonowania zamawiającego, dla potrzeb której nie służy baza magazynowo-transportowa, która została zaferowana do świadczenia usługi na wypadek powierzenia wykonawcy zamówienia, co miało wykluczać fakt jakiegokolwiek powiązania okoliczności ukarania odwołującego z wpływem tych okoliczności na możliwość prawidłowej realizacji usługi objętej postępowaniami. (...)

W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. Po pierwsze stanowisko skupiające się na twierdzeniu, że kary pieniężne naliczone w jednym miejscu prowadzenia działalności (w danym województwie) wykluczają możliwość występowania negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w związku z realizacją usługi w innym miejscu (innym województwie), należało uznać za bezprzedmiotowe. Przepisy Pzp nie różnicują ani nie wyłączają możliwości wykluczenia wykonawcy w zależności od odległości pomiędzy miejscem wykonywania działalności gospodarczej w związku, z którym zostały stwierdzone naruszenia, a miejscem realizacji usługi związanym z realizacją zamówienia, o które wykonawca się ubiega. (...)

W pozostałym zakresie argumentacja odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu wskazywała na niewielką wartość naliczonych kar pieniężnych, okoliczność naliczenia kar pieniężnych w związku z posiadaniem zezwoleniem na zbieranie odpadów, a nie naruszeń prawa ochrony środowiska oraz możliwość zastosowania przez zamawiającego dyspozycji zawartej w art. 109 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do powyżej wskazanej argumentacji skład orzekający w pierwszej kolejności stwierdził, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp nie jest limitowane wysokością wymierzonej kary pieniężnej. Stąd też nie miała znaczenia okoliczność uznania przez odwołującego, że naliczone kary pieniężne miały charakter minimalny. Skoro zamawiający przewidział zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w powyżej wskazanym przepisie, a kary pieniężne zostały naliczone przez uprawniony organ na odwołującego, przy czym decyzje administracyjne na podstawie, których zostały wymierzone były ostateczne, to zamawiający słusznie odrzucił oferty odwołującego w obu postępowaniach, jako złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że odwołujący nie zaznaczył w złożonych JEDZ, że naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, nie złożył samooczyszczenia w związku z naliczonymi karami pieniężnymi, ani nie przedstawił żadnego wyjaśnienia co do okoliczności naliczenia tych kar. Stąd też argumentację wskazującą na to, że naliczone kary pieniężne związane były z posiadaniem przez odwołującego zezwoleniem na zbieranie odpadów, co należało odróżnić od naruszeń prawa ochrony środowiska, Izba uznała za niezasadną oraz przygotowaną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje na naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, natomiast lit. c) ww. przepisu mówi o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. W ocenie składu orzekającego powyżej wskazane zwroty mają dość szeroki zakres przedmiotowy i nie można było uznać, że nie obejmują one naruszeń związanych z posiadaniem przez odwołującego zezwoleniem na zbieranie odpadów. W związku z tym nawet jeśli uznać, że naliczone na odwołującego kary pieniężne związane były wyłącznie z posiadaniem przez niego zezwoleniem na zbieranie odpadów, to okoliczność ta i tak wpisywała się w zakres znaczeniowy sformułowania użytego w treści ww. przepisu, przez co naliczone kary należało potraktować jako naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska.

Art. 109 ust. 1 pkt 5

30. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3196/23

Źródłem obowiązków zawodowych, o których mowa w tym przepisie może być m.in.. umowa. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być jednak zawinione i poważne, co oznacza, że zachowanie wykonawcy wykazywać musi zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo. Niewykonanie zobowiązań umow-

nych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych, jeśli wynika ono z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W interpretacji pojęcia „obowiązków zawodowych”, pomocne jest orzeczenie TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A. Pojęcie obowiązków zawodowych obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które są stwierdzane przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Użycie sformułowania „poważne naruszenie” wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. W wyroku z dnia 13.12.2012 r., C-465/11, Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął stanowisko, wskazując, że „pojęcie «poważnego wykroczenia» należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Art. 109 ust. 1 pkt 7

31. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3196/23

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zawrzeć w JEDZ informacje, które mogą mieć znaczenie w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym w zakresie przesłanek fakultatywnych, które Zamawiający uwzględnił w SWZ. Skoro jednak sposób sformułowania takich informacji przez wykonawcę nie został w żaden sposób określony lub doprecyzowany w ustawie Pzp, to wykonawca ma swobodę co do sposobu sformułowania podawanych informacji, istotnych z punktu widzenia treści pytania zawartego w JEDZ i w kontekście przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podkreślić należy, że nie obowiązuje w tym zakresie żaden szablon, w związku z czym, sposób podania ww. informacji przez jednego wykonawcę może nie spełniać wymagań lub oczekiwań innych wykonawców, np. sformułowanych na kanwie postępowania odwoławczego. Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu w JEDZ Przystępujący potwierdził jednoznacznie, że znajdował się w sytuacji, w której kara umowna z tytułu nienależytego wykonania umowy została mu naliczona. Opisał też sytuację, w której pierwotnie naliczona kara została anulowana oraz poinformował o możliwości naliczenia kolejnej kary umownej, której nie można wykluczyć. Z faktu, że powyższe informacje powinny być, w ocenie Odwoływającego, bardziej szczegółowe, nie można, zdaniem Izby, wywodzić skutku w postaci przypisania ww. wykonawcy zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd co

do okoliczności istotnych w postępowaniu z punktu widzenia decyzji podejmowanych przez Zamawiającego. Taki zamiar nie został przez Odwołującego wykazany. Jak wskazano powyżej wykonawca ma prawo sformułować informacje podawane w JEDZ indywidualnie, na swój sposób, ponieważ nie ma jednego wzorca w tym zakresie określonego w przepisach ustawy. (...)

Przesłanki wykluczenia z postępowania, uregulowane w art. 108 i 109 Pzp muszą być ściśle interpretowane, co implikuje zakaz dokonywania ich rozszerzającej wykładni. Nadto, przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga dla jej zastosowania kumulatywnego zaistnienia kilku elementów - brak jednego z nich wyłącza możliwość uznania, że przesłanka wykluczenia została spełniona. Dodatkowo, wobec skutków wykluczenia to na zamawiającym leży ciężar dowodu - ciężar wykazania spełnienia wszystkich elementów przesłanki wykluczenia. Wykluczając wykonawcę, zamawiający musi wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależycie wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa 2014/24”), 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: g) 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 wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”. Oznacza to, że przy wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie sposób abstrahować od konieczności dokonywania pro unijnej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ustawodawca unijny operuje pojęciami „znaczącego lub uporczywego niedociągnięcia” dotyczącego „istotnego wymogu”. Z tego też powodu każdorazowo należy ocenić, czy zarzucane zachowanie może być uznane choćby za znaczące lub uporczywe niedociągnięcie dotyczące istotnego wymogu. Nie sposób przy tym pomijać, że w motywie 101 dyrektywy wskazano, że „stosując fakultatywne podstawy wy-

kluczenia, 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 wkluczenie. ”

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 3 października 2019 r., C-267/18, wskazał, że: „instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności, w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. (...) Do instytucji zamawiającej należy bowiem dokonanie własnej oceny zachowania wykonawcy, którego dotyczy rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego. W tym względzie instytucja ta musi zbadać z należytą starannością i bezstronnością na podstawie wszystkich istotnych elementów, w szczególności decyzji o rozwiązaniu umowy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, czy ów wykonawca jest jej zdaniem odpowiedzialny za znaczące lub uporczywe niedociągnięcia popełnione przy wykonywaniu zobowiązania ciążącego na nim w ramach wspomnianego zamówienia, ponieważ rzeczone uchybienia mogą spowodować utratę zaufania do danego wykonawcy. ”

32. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3293/23

(...) podkreślenia wymaga, że o ile należy się z zgodzić Zamawiającym, że Izba nie jest uprawniona do przejmowania roli sądu cywilnego i orzekania o wzajemnych roszczeniach stron umowy, to bez wątpienia zadaniem Izby jest ocena zaskarżonej w odwołaniu czynności zamawiającego. Izba dokonuje więc oceny realizacji wcześniejszej umowy realizowanej przez wykonawcę, ale nie w takim stopniu i zakresie oraz z takim skutkiem, jak to robi sąd powszechny. Ocena Izby dokonywana jest bowiem wyłącznie na kanwie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w kontekście określonej w ustawie i w SWZ przesłanki wykluczenia wykonawcy, a przyjęcie stanowiska o braku kognicji Izby w tym zakresie prowadziłyby do tego, że stosowanie przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pozostawałoby na etapie postępowania o udzielenie zamówienia poza jakąkolwiek kontrolą prawną. Zaznaczyć przy tym należy, że Izba w ramach postępowania odwoławczego nie poszukuje samodzielnie faktów wpisujących się w przesłankę wykluczenia, ale ocenia – na podstawie dowodów przedstawionych przez strony i zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu - czynność zamawiającego, co sprowadza się przede wszystkim do zbadania, czy Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania ustalił i wykazał istnienie okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje możliwość wykluczenia.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, wykluczając Odwołującego z postępowania, przedstawił szereg twierdzeń i powołał liczne dowody, mające potwierdzać zasadność wykluczenia. Zauważenia wymaga jednak, że twierdzenia Zamawiającego to głównie wypowiedzi ocenne, prezentujące jego własne opinie na temat przebiegu spornej inwestycji. Nie można przy tym pominąć, że Zamawiający jest podmiotem będącym w sporze cywilnoprawnym z wykonawcą (o czym świadczy podjęta próba ugodowa oraz wobec jej niepowodzenia - wystąpienie przez Odwołującego z pozwem o zapłatę), zatem oceny te siłą rzeczy dokonywane są z perspektywy strony takiego sporu, będącej zainteresowaną jego korzystnym dla siebie zakończeniem. Powyższe nie świadczy oczywiście samo w sobie o braku wartości merytorycznej takich twierdzeń - skoro Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy zaistniały przesłanki wykluczenia, i uzasadnić swoją decyzję, to trudno odmówić mu możliwości formułowania własnych wniosków. Stwierdzić jednak należy, że same tego rodzaju oceny, bez udowodnienia w sposób niebudzący wątpliwości obiektywnego istnienia okoliczności przewidzianych w podstawie prawnej wykluczenia, są niewystarczające, a biorąc pod uwagę, że Zamawiający był stroną spornej umowy, a obecnie pozostaje w sporze z jej drugą stroną, mogą wywoływać dodatkowe wątpliwości.

Odnosząc się natomiast do dowodów załączonych przez Zamawiającego do informacji o wykluczeniu zauważyć należy, że jest to przede wszystkim kierowana przez niego do wykonawcy korespondencja, która nie może mieć większej wartości dowodowej niż powoływana przez Odwołującego jego korespondencja w sprawie. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający z jednej strony sam powołał szereg tego rodzaju dowodów i oparł na nich swoje rozstrzygnięcie, a z drugiej - odmawiał takiej możliwości Odwołującemu, twierdząc, że wskazywane przez niego dowody, zawierające stanowisko Odwołującego na temat przebiegu spornej inwestycji, mogą mieć charakter jedynie informacyjny. Rozstrzygając sprawę Izba dysponowała przedłożonymi przez obie strony dowodami w postaci szeregu sporządzonych przez te strony pism i stanowisk, o równorzędnej i jednocześnie niewystarczającej wartości dowodowej.

Biorąc pod uwagę charakter, skalę i stopień skomplikowania inwestycji oraz rodzaj podnoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, Izba stwierdziła, że ocena, czy wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał umowę i że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie, wymagała wiadomości specjalnych. Potwierdza to chociażby wielość i rodzaj okoliczności faktycznych wskazanych w informacji o wykluczeniu. Tytułem przykładu można wskazać tu na kwestie dotyczące jakości merytorycznej sporządzonych raportów, procedowania, decyzji i wyceny w zakresie Zmian, wdrażania planów naprawczych czy przyczyn nieterminowej realizacji określonych czynności. Nie jest możliwe, zdaniem Izby, bez dysponowania wiadomościami specjalnymi, ustalenie, czy zdarzenia zaistniałe w toku realizacji umowy, na które powołuje się Zamawiający, wpłynęły na realizację umowy w stopniu znacznym oraz czy nastąpiło to (a jeśli tak, to w jakim

zakresie) z przyczyn, za które odpowiada wykonawca. Każda z tych okoliczności wymaga odrębnej oceny, z uwzględnieniem wiedzy z zakresu branży, której dotyczy, w tym analizy dokumentów źródłowych dotyczących rozległego procesu inwestycyjnego, a więc nie tylko spornej umowy na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, ale także dotyczących realizacji robót budowlanych. Powyższe wymaga zaawansowanej wiedzy, tak technicznej, jak i z zakresu zarządzania kontraktem. Finalnie, po dokonaniu analizy poszczególnych zdarzeń, konieczne byłoby dokonanie zbiorczej oceny wszystkich tych okoliczności i ich wpływu na realizację kontraktu jako całości.

(...) to Zamawiający powinien wykazać okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro więc Zamawiający rozważał sporną umowę pod kątem spełniania przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to powinien dołożyć staranności, aby przesłanki te zostały – przed podjęciem decyzji w przedmiocie wykluczenia – ustalone w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości, z wykorzystaniem koniecznej wiedzy specjalistycznej. Tymczasem Zamawiający nie skorzystał na etapie badania przesłanek wykluczenia z możliwości zasięgnięcia opinii biegłego. W postępowaniu odwoławczym natomiast Zamawiający nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych, a sam nie przedstawił chociażby opinii prywatnej.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający, na którym spoczywał ciężar wykazania, że zaistniały wszystkie okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania, okoliczności tych nie wykazał. Co więcej, ze stanowiska Zamawiającego zdaje się wynikać, że wystarczającą podstawą faktyczną takiego wykluczenia jest jego subiektywne przekonanie o nienależytej realizacji zamówienia przez wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie i w konsekwencji brak woli kontynuowania współpracy z tym wykonawcą w kolejnych inwestycjach. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że celem przepisu art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest eliminacji z postępowania podmiotów, z którymi Zamawiający ma złe doświadczenia i do których nie ma zaufania, z czym nie sposób się zgodzić. Celem tego przepisu jest bowiem eliminacja z postępowania takich wykonawców, co do których istnieją dowody, że dopuścili się wykroczeń zawodowych ściśle w tym przepisie określonych.

33. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3538/23

Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego, powinien był wykazać, że w tym stanie faktycznym wszystkie przesłanki wymagane dla jego zastosowania zostały spełnione. Tymczasem, jak słusznie podniósł Przystępujący, próżno szukać w treści wniesionego odwołania jakiegokolwiek odniesienia się do tych okoliczności. Argumentacja Odwołującego skupia się jedynie na cytowaniu stanowiska Przystępującego - Oświadczenia wykonawcy o naruszeniach oraz o podjęciu działań w celu zapobiegnięcia naruszeń w przyszłości i załączonych do niego dokumentów i lakonicznym podniesieniu,

że „X w obu przypadkach wskazał przyczyny nienależytego wykonania umowy” i powiązaniu z tym skutku w postaci wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Wykonawca X – jak wynika z cytowanego oświadczenia - nie przeczy, że doszło do naruszeń dotyczących nienależytego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego, co więcej wskazuje jakich umów naruszenia dotyczyły, opisując je szczegółowo (str. 2-18 złożonego oświadczenia) i wyjaśniając okoliczności tych naruszeń (str. 18-48 złożonego oświadczenia). Wykonawca opisał także jak wyglądała jego współpraca z zamawiającymi, na rzecz których realizował te zamówienia, wskazując zarówno na sposób naprawienia szkody, jak i podając zobowiązania do naprawienia szkody poniesionej przez wskazane w oświadczeniu gminy (str. 49-55 złożonego oświadczenia) i, specyfikując konkretne działania jakie zostały przez niego podjęte w celu zapobieżenia powstaniu analogicznych naruszeń w przyszłości (str. 55-71 złożonego oświadczenia). Tak więc to wykonawca X w złożonym oświadczeniu wskazał umowy w trakcie realizacji, których doszło do naruszeń, a więc umowy wykonywane na rzecz Gminy Y i Gminy Z i działania jakie podjął w ramach samooczyszczenia. Te z kolei miały – w ocenie Odwołującego - pokazywać nienależyte wykonanie umowy i przesądzać o konieczności wykluczenia tego wykonawcy. Jednak poza odwołaniem się do oświadczenia wykonawcy X Odwołujący w żaden sposób do kwestii tych się nie odniósł. Nie odniósł się także do wszystkich przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność tę (nienależyte wykonanie umowy) powiązał jedynie z faktem wydania w dniu 3 listopada 2023 r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym w sprawie o sygn. akt VII GNc 357/23 oraz sporem wykonawcy z dwoma zamawiającymi co do wysokości sumy pieniężnej jaka winna być zapłacona przez wykonawcę tytułem odszkodowania za szkodę jaką ponieśli zamawiający, na rzecz których zamówienia te były realizowane.

34. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3703/23

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w okolicznościach analizowanej sprawy, pomimo, iż Odwołujący udzielił w JEDZ, złożonym w analizowanym postępowaniu, odpowiedzi negatywnej na ww. pytanie i nie poinformował o zaistnieniu zdarzeń wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający dokonał analizy okoliczności związanych tym, iż Odwołujący został obciążony przez Gminę X karami umownymi w łącznej kwocie 433.100,00 zł. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przedstawił wyniki przeprowadzonej analizy kar umownych naliczonych przez Gminę X, ich wysokości i powodów naliczenia za okres od 15.02.2021 do 12.09.2022 r. oraz swoje stanowisko w zakresie wypełnienia się przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W odwołaniu Odwołujący nie przeprowadził natomiast rzeczowej polemiki ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego w kwestii przedmiotowych kar umownych, nie przedstawił przekonującej argumentacji zmierzającej do wykazania, dlaczego jego zdaniem poszczególne kary umowne nie są zasadne, dla-

czego stwierdzone w nich nieprawidłowości wykonywania umowy nie mogą stanowić o zaistnieniu podstaw do stwierdzenia wypełniania się wobec niego przesłanek wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są ogólnikowe i wskazują, że skoro twierdzi, że naliczenie kar umownych przez Gminę X było niezasadne, a nie ma np. rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie zapłaty otrzymanej przez Gminę X równowartości kwoty kar umownych (o które to rozstrzygnięcie, jak wynika z odwołania, nawet nie wystąpił) to Zamawiający nie powinien za miarodajne dla dokonywanej oceny przyjmować stanowiska tej Gminy. Tymczasem w sytuacji, gdy Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z 30 listopada 2023 r., rzeczowo i kompleksowo przedstawił swoje stanowisko co do podstaw wykluczenia Wykonawcy, a więc inaczej niż to uczynił w piśmie, które było przedmiotem analizy przez Izbę w sprawie KIO 2904/23, dla wykazania zasadności swoich twierdzeń, Odwołujący, jako profesjonalista i strona umowy z Gminą X, nie powinien rezygnować z wykazania w odwołaniu, iż nie wystąpiły z jego strony nieprawidłowości przy wykonywaniu umowy wskazywane przez Zamawiającego. W ocenie Izby dowody złożone na rozprawie tego również nie wykazują. Sam fakt odesłania noty księgowej z lakonicznym uzasadnieniem, że Wykonawca traktuje karę za bezpodstawną, że zgłoszone roszczenie nie jest uzasadnione, np. pismo z 5 marca 2023 r., dotyczące noty księgowej na kwotę 202 400,00 zł, samo w sobie nie stanowi o wykazaniu braku zasadności naliczenia kary umownej.

35. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23

Jak wynikało z okoliczności sprawy odwołujący nie wykonał umowy zawartej z X w zakresie 45% jej wartości. Na gruncie zaistniałego stanu faktycznego bezspornie zobowiązanie, którego odwołujący nie wykonał w ramach umowy zawartej z X, było dla tej umowy istotne. Było to bowiem podstawowe i główne zobowiązanie umowne wykonawcy – dostawa mebli biurowych. Dodatkowo odwołujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jest to okoliczność powodująca, że zamawiającemu przysługiwało odszkodowanie, które należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak wskazana w art. 483 k.c. kara umowna. Jednocześnie odwołującemu została naliczona maksymalna przewidziana w umowie kara umowna wynosząca 10% wartości umowy pozostałej do realizacji. Kara umowna została naliczona przez X na podstawie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. d) umowy nr (...), tj. za odstąpienie od umowy w części przez Sprzedawcę z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy. Gdyby rzeczywiście przyczyną niewykonania zamówienia była wywołana pandemią, nadzwyczajna zmiana stosunków pozostająca poza zakresem jego odpowiedzialności lub oświadczenie o odstąpieniu od umowy było *de facto* wnioskiem

o jej rozwiązanie za porozumieniem stron, z całą pewnością odwołujący nie uściłby kary umownej, którą ostatecznie dobrowolnie zapłacił. Odmienne twierdzenia odwołującego w tym przedmiocie przedstawione w odwołaniu Izba potraktowała jako próbę uniknięcia konsekwencji zasadnego wykluczenia go z postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że kara umowna jest swoistą formą odszkodowania. Na kanwie tej sprawy, naliczona przez X kara umowna niewątpliwie miała charakter odszkodowawczy. O kompensacyjnej funkcji wymienionej sankcji świadczy zresztą treść umowy, od której odstąpił odwołujący. W § 10 ust. 1 i 4 ww. umowy postanowiono bowiem, że strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych, a jeśli zastrzeżona kara nie pokryje poniesionej szkody, strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego na ogólnych zasadach. (...)

W tej sprawie znaczące naruszenie zobowiązania potwierdził sam odwołujący w piśmie z 29 listopada 2021 r. określając poziom niewykonania umowy na około 45% wynagrodzenia umownego. Poza dobrowolnym uiszczeniem kary umownej, dowodem spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp była również treść pisma odwołującego z dnia 29 listopada 2021 r. skierowanego do X, w którym odwołujący sam przyznał, że w postępowaniu na dostawę mebli biurowych na rzecz X popełnił błąd w wycenie oferty, o czym informował X. Tymczasem mając pełną świadomość zaniżenia ceny ofertowej względem realiów rynkowych, odwołujący zdecydował się na podpisanie umowy z X i przystąpił do realizacji zamówienia na dostawę mebli biurowych, licząc się z realną możliwością niewykonania dostaw w pełnym zakresie.

Art. 109 ust. 1 pkt 8

36. Wyrok z dnia 31 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 2076/23

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż oświadczenie w JEDZ, którym Wykonawca potwierdził fakt naliczenia kar umownych w kontraktach, wskazując te kontrakty, jak i kary, nie może być traktowane jako wprowadzające w błąd. Zawarte dodatkowo w załączniku do JEDZ wyjaśnienia miały mieć na celu wskazanie na brak podstaw do wykluczenia, co należy wiązać również z brakiem decyzji o wszczęciu procedury samooczyszczenia. Nie można zgodzić się co zasady z tym, iż udzielenie w JEDZ odpowiedzi twierdzącej miałoby prowadzić do wprowadzenia w błąd, tym bardziej jeżeli wziąć pod uwagę, iż jest to oświadczenie wstępne, co do którego zachodzi możliwość dopytania o szczegóły, jeżeli te nie zostały przedstawione w dostateczny sposób. Sposób prezentacji informacji przekazanych przez X przedstawiony w odwołaniu nie oddaje rzeczywistego sensu, w szczególności nie pozwala przyjąć jako zgodne z treścią załącznika do JEDZ, iż X traktuje wszystkie kary jako bagatelne, na podstawie czego Odwołujący buduje narrację zarzutu rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. (...)

Ponieważ Odwołujący postawił zarzut wprowadzenia w błąd, który odnosił do oświadczenia wstępnego z JEDZ dotyczącego okoliczności, które miałyby prowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy wykonawcy, (...) należało wskazać, iż odpowiedź twierdząca w JEDZ na pytanie zredagowane w sposób odbiegający od ustawowej przesłanki, nie może wprost stanowić o wprowadzeniu w błąd co do podstawy wykluczenia z postępowania. To na stronie Odwołującej spoczywał ciężar wykazania, iż miały miejsce również inne zdarzenia, pominięte oświadczeniem Wykonawcy, które kwalifikowane powinny być, jako wyczerpujące przesłanki wykluczenia z postępowania. Podstawy wykluczenia z postępowania nie mogą być domniemywane, co obejmuje wszystkie przesłanki objęte normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Zarzut zaniechania wykluczenia X z postępowania została wprost powiązany z przesłanką wskazaną powyżej, w zakresie której Zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd. Przy takiej konstrukcji zarzutu, przy odpowiedzi twierdzącej na pytanie w JEDZ, nie było podstaw do stwierdzenia, iż X zataił ważne informacje, czy też poświadczył nieprawdę. Zamawiający na podstawie oświadczeń złożonych w JEDZ (i załączniku) mógł ustalić, czy zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania, a w razie wątpliwości mógł dopytać o szczegóły tak Wykonawcę, jak i drugą stronę umowy, która naliczyła karę umowną. W takim stanie rzeczy nie ma podstaw do stawiania zarzutu wprowadzania zamawiającego w błąd, co prowadziło do oddalenia odwołania w tym zakresie.

37. Wyrok z dnia 22 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2298/23

W ocenie składu orzekającego Zamawiający A w sposób poprawny wywiódł z oświadczeń i wyjaśnień X, iż Wykonawca X nie przyznaje się do odpowiedzialności za zdarzenie, które prowadziły do jego wykluczenia w styczniu 2023 r. z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego B na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy (pierwsza podstawa odrzucenia oferty). Odwołujący w oświadczeniu w JEDZ zaprzeczył, aby występowała podstawa do wykluczenia w odpowiedzi na pytanie powiązane z przesłanką ustawową. Ponadto, skład orzekający uznał, iż załączone do oświadczenia w JEDZ informacje o kwestiach spornych faktycznie wskazują na zaprzeczenie wystąpienia rzeczywistego uzasadnienia dla wykluczenia Odwołującego w marcu 2023 r. z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego A, w oparciu o przesłankę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 9 (druga podstawa odrzucenia oferty Odwołującego). Odwołujący wprawdzie w oświadczeniu w JEDZ udzielił odpowiedzi twierdzącej, to w załączonym dokumencie prezentował odmienną ocenę zasadności dokonanego wykluczenia, które było ostatecznym dla wykonawcy w zakończonej procedurze przetargowej.

Odwołujący w odniesieniu do podstawy odrzucenia związanej z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy sprowadzał swoją argumentację do twierdzenia, iż dla ustalenia wystąpienia przesłanek objętych tymi przepisami konieczne jest dokonanie samodzielnie przez Zamawiającego A ich weryfikacji, niezależnie od ustalenia, że pod-

stawa ta znalazła zastosowanie wobec Odwołującego w innym postępowaniu przetargowym. Odwołujący traktował zatem możliwość uznania, iż podlega wykluczeniu w oparciu o wskazane podstawy prawne jako prerogatywę konkretnego zamawiającego w konkretnym postępowaniu, co miałyby nakładać na każdego zamawiającego obowiązek szczegółowej analizy informacji spornych pomiędzy stronami, które Odwołujący prezentował nie przyznając się jednocześnie do deliktu, który został stwierdzony w innym postępowaniu przetargowym. Tym samym Odwołujący nie uznawał się za odpowiedzialnego naruszenia, które doprowadziło do odrzucenia jego oferty w innych postępowaniach i nie korzystał z możliwości samooczyszczenia. Procedura ta była natomiast przyjęta i wdrożona u Wykonawcy w zakresie związanym z podstawą wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy (wprowadzenia zamawiającego w błąd).

Ponieważ Odwołujący został wykluczony ze zbiegu różnych podstaw prawnych przyjęcie, iż co najmniej jedna z nich miała uzasadnienie prowadzić musiało do stwierdzenia, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy była prawidłowa. Jednocześnie zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy opierany był na wspólnym argumencie i podobnym stanie faktycznym i prawnym, gdyż wspólnym uzasadnieniem dla wykluczenia było stwierdzenie, iż w innych postępowaniach ziściły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego, co nie zostało zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej i przy braku wpływu okresu na jaki wykonawca został z tej podstawy wykluczony, Zamawiający uznawał, iż jest związany tą oceną, jako ostateczną.

38. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23

W analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że Konsorcjum miało pełną świadomość i wiedzę o wydaniu wobec jednego z członków Konsorcjum dwóch decyzji potwierdzających, iż ów wykonawca dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczność tę wykonawca zataił wobec Zamawiającego, wskazując w JEDZ, iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Swoim działaniem Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd. Ustawodawca wymaga dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślą lub rażące niedbalstwo. Działanie Konsorcjum w postaci zatajenia faktu wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była wykonawcy znana i wykonawca miał pełną możliwość poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności już w pierwotnie złożonym JEDZ.

Zatajenie powyższej informacji odbiega, w ocenie Izby, w sposób znaczący od właściwego modelu postępowania w przetargach publicznych. Modelu, który oparty jest w pierwszej kolejności na obowiązku wykonawcy ujawnienia wszystkich okoliczności związanych z jego rzetelnością, w tym m.in. okoliczności, które skut-

kować 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. (por. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19). Izba podziela również pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 104/20, że zamówienia publiczne są realizowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych, wykonania zadań państwa wobec obywateli, stąd też wykonawca, który pozyskuje takie zamówienia, tym bardziej musi być wykonawcą rzetelnym i zdolnym do wykonania zamówienia.

Konsorcjum jako profesjonalista winno mieć, w ocenie Izby, świadomość charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązujących reguł, zaś jego decyzja o braku ujawnienia decyzji Prezesa UOKiK była przejawem dążenia do uzyskania zamówienia za wszelką cenę. W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy można było od Konsorcjum obiektywnie oczekiwać zachowania zgodnego z powszechnie znanym wśród profesjonalnych podmiotów wzorcem postępowania, tj. obowiązkiem ujawnienia wobec Zamawiającego informacji związanych z możliwością wykluczenia

wykonawcy z postępowania, w tym m.in. z tytułu wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK. Informacje te niewątpliwie rzutują na rzetelność wykonawcy i sposób prowadzonej przez niego działalności.

Zarówno stanowisko Konsorcjum w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w odniesieniu do braku wskazania dwóch decyzji Prezesa UOKiK w JEDZ, jak również argumentacja Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, o odmiennej interpretacji przepisów ustawy Pzp i intencjach ustawodawcy w żaden sposób nie niweluje stopnia naganności zachowania Konsorcjum. Wykonawca bowiem, nawet zakładając, iż miał wątpliwości co do interpretacji zakresu zastosowania podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w żaden sposób nie poinformował Zamawiającego w pierwotnie złożonym JEDZ o fakcie wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK. (...)

Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy informacje dotyczą jednego z konsorcjantów, prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego nie budzi wątpliwości. Nieprawdziwe informacje dotyczyły oceny oferty Konsorcjum na podstawie ustalonych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Tym samym żądanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Art. 109 ust. 1 pkt 10

39. Wyrok z dnia 6 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2748/23

Zdaniem Izby bez wątpliwości można stwierdzić, że informacje przedstawiane przez Przystępującego wprowadzały Zamawiającego w błąd. Przystępujący kategorycznie oświadczył w wykazie usług – przez pozostawienie odpowiedzi „TAK”, że w ramach każdej z wykazywanych przez niego usług, w zakres utrzymania czystości pasa drogowego wchodziło min. zamiatanie mechaniczne i koszenie trawy. (...)

Dalej należy zauważyć, że za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest zatem istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił (tak: Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 33/21). (...) Nie ulega więc wątpliwości, że złożone w ramach pierwotnego wykazu oświadczenia były nieprawdziwe i wywołały u Zamawiającego mylne wrażenie, że wykonawca realizował usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawy – obie jednocześnie – w ramach każdej ze wskazanych w wykazie usług. Z kolei celem przedstawienia ww. informacji było wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc ich potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego jest oczywisty. (...)

Przy czym podkreślić należy, że dla ziszczenia się przesłanki do wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wpływ ten może być jedynie potencjalny. Skutek w postaci faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego nie musi ostatecznie wystąpić. Wystarczającym jest sama możliwość jego zaistnienia.

40. Wyrok z dnia 23 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3324/23

Przepisy eliminujące przedsiębiorcę z postępowania, jako normy zawierające sankcje, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Aby w zaistniałym stanie faktycznym możliwe było zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. niezbędne jest wykazanie, iż wadliwie podanie informacji dotyczących warunku udziału w postępowaniu w wykazie usług przystępującego skutkowałoby konkretną decyzją zamawiającego. W tym przedmiocie odwołujący podnosił, że przystępujący, po wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia, nie podał faktycznej liczby nieruchomości, lecz znowu przepisał wartość dotyczącą liczby mieszkańców (usługa z poz. 1 wykazu usług wykonywana na rzecz Miasta i Gminy X i poz. 3 wykazu usług wykonywana na rzecz Miasta Y), a informacje te miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, ponieważ po pierwsze dotyczą wskaźnika istotnego w kontekście oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, po drugie zamawiającego w szczególności zainteresowało zamówienie z poz. 3 wykazu (Miasto Y), które od samego początku budziło wątpliwości zamawiającego - gdyby nie były one istotne dla zamawiającego, to zamawiający nie podkreślałby w treści wezwania, że jego obiekcje wzbudza przede wszystkim ta usługa. Zdaniem odwołującego informacje te nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, gdyż wystarczy, że mogły one mieć potencjalny wpływ na jego decyzje, niezależnie od stanu wiedzy, czy zachowania zamawiającego (tak str. 6 odwołania).

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że usługa na rzecz Miasta Y, już na pierwszy rzut oka, nie potwierdza zdolności określonej w warunku, stąd też logicznym było, że zamawiający w toku badania i oceny dopytał na tę usługę, jako o usługę wprost budzącą jego uzasadnione wątpliwości w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający także jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych i trudno uznać, że poprosił o uszczegółowienie dlatego, że mógł obiektywnie uznawać usługę za spełniającą warunek. Jest wprost przeciwnie – za wiarygodne, logiczne i odpowiadające doświadczeniu życiowemu należy uznać stanowisko zamawiającego, że zwrócił szczególną uwagę na rzeczoną usługę, bo jaskrawo widać, że nie potwierdza warunku. Co do zasady zamawiający nie zadają pytań, gdy uznają, że dana usługa potwierdza ich wymagania, a zadają je wtedy, kiedy mają wątpliwości w tym zakresie. Zatem założenia odwołującego, jak miało przebiegać badanie i ocena ofert, stanowią jego oderwane od ustalonego stanu rzeczy niepotwierdzone przypuszczenia. Ponadto, nie było spornym, że przystępujący materialnie spełnia warunki udziału w prze-

targu, problemem w sprawie okazało się to, że przystępujący nie złożył właściwych dokumentów podmiotowych ten fakt potwierdzających. Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące materialnego niespełnienia warunku, pozostawiając zarzut wad formalnych dokumentów przystępującego, czyniąc bezspornym, że przystępujący posiada wymaganą zdolność zawodową (spornym pozostało czy właściwie ją zamawiającemu w postępowaniu wykazano).

Przesłanka istotnego, chociażby potencjalnego wpływu na decyzje zamawiającego nie została wykazana. Przesłanka ta może odnosić się do sytuacji, w których doszło do faktycznego, materialnego wpływu wadliwie podanych przez wykonawcę informacji na istotne decyzje zamawiającego, jak również, gdy wpływ ten mógł jedynie zaistnieć potencjalnie. Tylko, że nie oznacza to, że wystarczy samo stwierdzenie, że jakaś informacja mogłaby mieć hipotetyczne znaczenie dla jakiejś decyzji jednostki zamawiającej, przyjmując niejako automatycznie – co ferował odwołujący – że tak po prostu jest, skoro mieliśmy nieścisłość w zakresie danych podawanych w zakresie warunku udziału w przetargu. Odwołujący nie może ograniczyć się do wybranego oświadczenia będącego wykazem usług, pominąć treści załączonych do wykazu referencji, i wyrwać to z kontekstu całej oceny i badania ofert, gdzie zamawiający dysponował nie jednym dokumentem wykazu, a kompletem dokumentów podmiotowych, które złożyły się na weryfikację ofert w przetargu.

Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. nie może sprowadzać się do znalezienia jakiegokolwiek błędu wykonawcy i zostać oderwane od celów, którym miało służyć wprowadzenie tej podstawy wykluczenia z postępowania. Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający znał całokształt tych okoliczności i nie zdecydował się – ani w toku weryfikacji ofert, ani po zakończeniu badania i oceny ofert, ani obecnie, na zmianę swojego rozstrzygnięcia. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego wiedząc, że usługa z poz. 3 wykazu dot. Y nie wpisuje się w jego wymagania, a dla poz. 1 dot. X nie podano liczby nieruchomości, a liczbę mieszkańców. Skoro zamawiający posiadał taką wiedzę, to także stan błędu po jego stronie nie powstał i nie mógł powstać. Odwołujący nie wykazał również, aby jakkolwiek istotna decyzja zamawiającego związana z tymi informacjami, chociażby hipotetycznie, mogłaby być inna.

Uwzględnienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania nie powinno następować po bezrefleksyjnym uznaniu, że skoro wykonawca popełni jakikolwiek błąd, to mając na uwadze abstrakcyjny, hipotetyczny wpływ na decyzje zamawiającego wykonawcę należy wykluczyć. Działanie takie byłoby automatyzmem orzecznictwem i eliminowałoby najbardziej istotny proces w stosowaniu prawa – jego subsumpcję. To bowiem w toku subsumpcji organ orzekający stosuje wyłożoną normę, aplikując ją do konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy, podążając postulatami odwołującego, niezależnie od okoliczności sprawy, jeżeli przedsiębiorca gdziekolwiek w dokumentach podmiotowych się pomyli, dojdzie do jakiegokolwiek nieścisłości, to trzeba go wykluczyć, ponieważ błąd „potencjalnie” może mieć wpływ na decyzję jednostki zamawiającej, ergo wykonawca mylić się nie może.

Art. 109 ust. 3**41. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23**

W przypadku ostatniego zarzutu podniesionego w pkt 5 *petitum* odwołania skład orzekający uznał, że przepis art. 109 ust. 3 Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie uprawniał zamawiającego do odstąpienia od wykluczenia odwołującego. Dla ustalenia proporcji sankcji konieczne jest określenie, czy naruszenie zobowiązań było znaczące lub długotrwałe, lub powtarzające się. Ustalenie, że naruszenie zobowiązań miało taki właśnie charakter w ocenie Izby wyklucza po stronie zamawiającego możliwość skorzystania skutecznie z tego przepisu. W tej sprawie sam odwołujący przyznał, że nie wykonał zamówienia w istotnej części, co w ocenie Izby świadczyło o znaczącym naruszeniu zobowiązań odwołującego. Tym samym nie można było uznać sankcji wykluczenia za nieproporcjonalną. Wysokość kary nie ma tu aż tak istotnego znaczenia, bo najistotniejszy był poziom niewykonania obowiązków umownych przez odwołującego.

Ponadto nieujawnienie przez odwołującego w JEDZ informacji związanej z okolicznością odstąpienia od umowy z X, w ocenie składu orzekającego, wykluczało możliwość zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp, bowiem prawidłowa wykładnia tego przepisu nakazuje brać pod uwagę okoliczności danej sprawy, w tym również zachowanie wykonawcy, który powinien postępować w tym względzie rzetelnie. Poza tym odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy w zakresie próby wyjaśnienia przedmiotowej kwestii lub samooczyszczenia się w przedmiotowym postępowaniu, co również wpłynęło na brak możliwości skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia wynikającego z art. 109 ust. 3 Pzp.

Art. 110 ust. 2**42. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2594/23**

Izba podziela rozważania Odwołującego, że pojęcia aktywnej współpracy z organami nie należy utożsamiać z koniecznością inicjacji takich kontaktów przez Wykonawcę. Przesłankę tę oceniać należy adekwatnie do zaistniałej sytuacji i poddać analizie w jaki sposób dany podmiot reaguje na żądanie wyjaśnień od odpowiednich organów, czy nie pozostaje bierny w tych kontaktach, czy składa wyjaśnienia, deklaruje chęć współpracy, przedstawienia dodatkowych stanowisk. Przy czym nie można także pomijać okoliczności, że danemu wykonawcy w ramach takich kontaktów przysługuje korzystanie z prawa do obrony. Nie można także zapominać, że istnieje szereg sytuacji, w których określonego rodzaju postępowanie wszczynane jest z urzędu, a więc nie sposób wymagać od wykonawców niejako „czynnego udziału” w rozpoczęciu kontaktów.

43. Wyrok z dnia 20 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2633/23

Zauważenia wymaga, że przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp znajduje zastosowanie do kilku podstaw wykluczenia, z których każda wymaga zaistnienia skonkretyzowanych przesłanek. Powyższe przekłada się na różnorodność stanów faktycznych, w których może mieć zastosowanie procedura self – cleaningu i nie jest wykluczające, że wykonawca z uwagi na wystąpienie określonych okoliczności będzie uprawniony przedstawić podjęcie środków naprawczych również po terminie składania ofert.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, zauważyć należy na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował procedurę „odwróconą”, o której mowa w art. 139 ust. 2 ustawy pzp. Konsekwencją powyższego było żądanie dokumentu JEDZ nie wraz z ofertą, a wyłącznie od Wykonawcy najwyższej ocenionego – Odwołującego. Okoliczność ta ma niewątpliwie wpływ na ustalenie najwcześniejszego momentu, kiedy Wykonawca powinien był wystąpić z procedurą „samooczyszczenia”. W ocenie Izby i co w zasadzie Zamawiający przyznał na rozprawie, za moment ten nie można uznać upływu terminu składania ofert, gdyż dopiero w dokumencie JEDZ Wykonawca odpowiadała na pytania dotyczące wystąpienia wobec niego przesłanki wykluczenia i uzyskała możliwość opisanie przedsięwziętych środków w celu wykazania rzetelności. Niewątpliwie zatem w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na zastosowanie procedury „odwróconej” najwcześniejszym momentem na wystąpienie z „samooczyszczeniem” było złożenie dokumentu JEDZ wraz dokumentami dotyczącymi self-cleaningu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowanego do Wykonawcy na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp z dnia 28 lipca 2023 r.

44. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3538/23

Wykonawca ten skorzystał z procedury samooczyszczenia. Złożył bowiem oświadczenie wraz dowodami, podnosząc iż przedsięwziął niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia oraz wdrożył środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości. Art. 110 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, że zamawiający ma obowiązek odstąpić od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia określonych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca udowodni zamawiającemu, że podjął działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp obszarach. I takie działania wykonawca podjął. Natomiast Odwołujący podniósł jedynie niespełnienie pierwszej z trzech przesłanek wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z treścią której wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Okoliczność tę wywiódł z artykułu prasowego zawierającego informację o wydany w dniu 3 listopada 2023 r. przez

Sąd Okręgowy w Kielcach nakazuje zapłaty. Nakaz zapłaty wydany w postępowaniu upominawczym nie przesądza o tym, że wykonawca ten skutecznie nie przeprowadził procedury „samooczyszczenia”, zwłaszcza że na skutek wniesionego sprzeciwu i zgodnie z art. 505 § 2 k.p.c. utracił moc.

45. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3718/23

Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził weryfikację skuteczności procedury samooczyszczenia przez Odwołującego, to na tym etapie postępowania rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przy uznaniu jego procedury samooczyszczenia za niewystarczającą, oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, tj. zarzutach nr 4, 5, 6 i 11, jest przedwczesne, gdyż na podstawie treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie da się wywieść, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu w zaskarżonym w zarzutach odwołania zakresie. Na podstawie lektury uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy X Izba nie jest w stanie stwierdzić, dlaczego zdaniem Zamawiającego działania naprawcze wdrożone przez Odwołującego po potwierdzeniu z umowy przetargowej, w tym nowe procedury wewnętrzne i zerwanie współpracy z firmą jego ojca – wykonawcy X, są nieskuteczne i niewystarczające.

Art. 111 pkt 4

46. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23

Istota sporu dotyczyła ustalenia czy początkiem biegu terminu 3 lat jest wystąpienie samego zdarzenia wyczerpującego przesłankę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp czy też wydanie decyzji odpowiedniego organu w sprawie. Przepis art. 111 pkt 4 ustawy stanowi odzwierciedlenie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.*

Zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak również w ww. dyrektywie, brak jest jednoznacznych wytycznych, od którego momentu należy liczyć okres 3 lat, na jaki wykonawca zostaje wykluczony z uwagi na stwierdzone porozumienie pomiędzy wykonawcami. Interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia” dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie

C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH, gdzie wskazał w pkt 34 orzeczenia, że *Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.*

Zatem, przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była właśnie przesłanka wykluczenia z postępowania dotycząca zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (przesłanka wykluczenia z postępowania uregulowana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy) i ocena, od jakiego momentu należy liczyć okres wykluczenia. Sprawa będąca przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału dotyczyła decyzji federalnego urzędu antykartelowego, który nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Trybunał rozstrzygał, czy okres wykluczenia należy liczyć od dnia wydania decyzji przez federalny urząd antykartelowy, czy od dnia zakończenia uczestnictwa w kartelu. Rozstrzygając powyższą kwestię Trybunał wskazał w pkt 37 orzeczenia, że *Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.* Trybunał uznał zatem, że w świetle art. 57 ust. 7 dyrektywy zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zawarcia zмовы przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu.

W dalszej części orzeczenia Trybunał podniósł:

38. W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

39. Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83–85 opinii – wykazanie istnienia zachowań ograni-

czających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

40. Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

41. W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

42. Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d), za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

Trybunał doprecyzował rozumienie „daty odnośnego zdarzenia” wskazując, że „data odnośnego zdarzenia” służąca do ustalenia momentu rozpoczęcia biegu okresu wykluczenia odpowiada dacie, w której właściwy organ wydał decyzję dotyczącą niezgodnego z prawem zachowania wykonawcy, bez uwzględniania daty, w której doszło do wystąpienia okoliczności faktycznych dających podstawę do wydania wyroku skazującego. W powyższych motywach Trybunał stwierdził jednoznacznie, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa. Podobne stanowisko zajął też Rzecznik Generalny w opinii z dnia 16 maja 2018 r., C 124-17 (...)

Równocześnie warto zauważyć, iż Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących do zwalczania zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstaw wykluczenia związanych ze złą wyceną (Dz.U.UE C z dnia 18 marca 2021 r. 2021/C 91/01) wskazuje przy ocenianiu uczciwości lub rzetelności oferenta w świetle art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy instytucja zamawiająca jest uprawniona do wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności faktycznych świadczących o dopuszczaniu się zachowań antykonkurencyjnych przez tego oferenta, niezależnie od tego, czy miało to miejsce w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też w ramach innego, aktualnego lub wcześniejszego, postępowania. W art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy nie sprecyzowano, czy okoliczności faktyczne stanowiące podstawy wiarygodnych przesłanek świadczących o wystąpieniu zmywu muszą dotyczyć toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też mogą odnosić się do innych (aktualnych lub wcześniejszych) postępowań, postępowań toczących się w innym sektorze gospodarki lub postępowań prowadzonych w sektorze prywatnym. Przeciwnie, w art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy wprost potwierdzono, że instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę „czyny popełnione lub czynności zaniechane zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie”. W związku z powyższym przy ocenianiu rze-

telności oferenta w ramach toczącego się postępowania instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wcześniejszą decyzję innej instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub decyzję organu ochrony konkurencji bądź wyrok sądu krajowego, na mocy których wykonawca lub członek jego zarządu lub jego pracownik zostali uznani za winnych zмовy w kontekście wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia. Powyższe potwierdza, że właśnie decyzja właściwego organu do spraw ochrony konkurencji lub orzeczenie stanowi w gruncie rzeczy dowód potwierdzający wystąpienie zмовy.

Inna kwalifikacja okresu wykluczenia prowadziłaby do sytuacji, iż do momentu wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, że w zмовie nie był, czyli tym samym wobec niego nie ziszcłaby się przesłanka wykluczenia, bowiem nie wykazywałby w swych oświadczeniach faktu zawarcia niedozwolonego porozumienia, skoro twierdził, iż w zмовie nie uczestniczył. Natomiast już po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, iż wobec niego nie ziszcłaby się przesłanka wykluczenia, bowiem upłynął trzyletni okres, od dnia w którym w tej zмовie uczestniczył. W konsekwencji nigdy nie doszłoby do wykluczenia wykonawcy, który zawarł niedozwolone porozumienie.

Skład orzekający stwierdził, za wyrokiem TSUE, że dla pewności i przewidywalności prawa, przyjąć należy w niniejszym stanie faktycznym, że wykonawca, który zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji podlega wykluczeniu na okres 3 lat od daty wydania decyzji właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.

Art. 111 pkt 6

47. Wyrok z dnia 24 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 2010/23

W ocenie składu orzekającego brzmienie normy nie pozostawia pola do nadania innego znaczenia niż to, że zdarzeniem prowadzącym do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 jest wprowadzenie zamawiającego w błąd złożonymi w postępowaniu oświadczeniami. Nie może być ono zatem rozumiane jako czynność zamawiającego komunikowana wykonawcom w postępowaniu, co miałoby mieć odniesienie do decyzji o odrzuceniu oferty w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Nie można inaczej rozumieć zdarzenia objętego wskazaną normą, które wymaga wykazania faktu złożenia nieprawdziwych – wprowadzających w błąd informacji. To właśnie ocena złożonych informacji może uzasadniać czynność zamawiającego w postępowaniu. Skoro wykluczenie wykonawcy stanowi konsekwencję zdarzenia, zdarzenie to nie może być utożsamiane z decyzją o odrzuceniu oferty.

(...)Przyjęcie, iż dla ustalenia zdarzenia należałoby traktować każde powielenie informacji w dokumentach zamówienia (np. JEDZ, później w podmiotowych środkach dowodowych) w ocenie składu orzekającego prowadziłoby do tego, iż to samo zdarzenie (rozumiane jako ta sama informacja) miałyby odmienny

skutek, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawcy w postępowaniu przetargowym i uczciwej konkurencji. Ocena sytuacji wykonawcy w postępowaniu nie może być wyłącznie wynikiem różnej oceny tej samej informacji.

Art. 112 ust. 1

48. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2077/23

Wskazany w warunku trzyletni okres posiadania odpowiedniego doświadczenia rzeczywiście jest zgodny z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów /.../ Dz. U. poz. 2415), jednak w świetle art. 16 ustawy pzp, w ocenie Izby, ze względu na specyfikę roku 2020, jest to okres zbyt krótki. Z niekwestionowanej statystyki liczby realizacji usług mogących stanowić usługi referencyjne, przedstawionej przez odwołującego, wynika że w roku 2020 i 2021 usługi takie niemalże nie były wykonywane i oczywiste jest, że pozostawało to w związku z obowiązującym stanem epidemii na obszarze całego kraju i związanym z nim znaczącym ograniczeniem organizowania imprez masowych na stadionach. Dlatego w tym czasie nie można było nabyć odpowiedniego doświadczenia, adekwatnego do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem przez rok 2022 nie były realizowane podobne zamówienia, Izba stwierdziła, że w tej specyficznej sytuacji okres trzyletni jest zbyt krótki i należy go wydłużyć o co najmniej jeden rok. Trzeba przyjąć, że okres trzyletni, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia, ma być czasem gwarantowanym wykonawcom i przebiegającym efektywnie, tj. takim czasem, w którym zamówienia podobne były realizowane, a więc nie można wliczyć tu w tym przypadku roku 2020. Dlatego wymagany przez Zamawiającego trzyletni okres doświadczenia jest okresem zbyt krótkim, ponieważ w tym okresie nie były organizowane zamówienia o specyfice wymaganej (dostawę wraz z montażem murawy na boiskach sportowych).

49. Wyrok z dnia 11 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2203/23

Izba wskazuje, że zamawiający, nie określając warunków udziału w postępowaniu, nie narusza przepisów ustawy P.z.p. W świetle przepisów ustawy P.z.p. zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy P.z.p., który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Ustawa P.z.p. pozostawia zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one – zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. – proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

50. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2587/23

Izba podziela w pełni wywody odwołującego, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni literalnej. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie, realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Należy także zgodzić się z twierdzeniem, że nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku. Ta dyrektywa dotyczy w szczególności tego, iż zamawiający na etapie badania i oceny ofert, nie może interpretować wymagań stawianych w SWZ w sposób bardziej rygorystyczny, niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji zapisów dokumentacji postępowania. To w konsekwencji powodowałoby naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 16 ustawy Pzp.

51. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23

Ustawodawca w art. 112 ust. 1 ustawy jednoznacznie wskazał na konieczność odnoszenia określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W odniesieniu do tych regulacji ustawowych proporcjonalność kształtowanego przez Zamawiającego warunku w określonym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który będzie usprawiedliwiony i będzie znajdował uzasadnienie w dbałości o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Wprowadzony w ustawie mechanizm określenia równowagi opisu warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia kształtuje również jednoznaczne wskazanie do odniesienia się do minimalnych poziomów. To pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że proporcjonalność warunku nie oznacza, że wymagania w nim określone muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia. Określenie warunku na poziomie przedmiotu zamówienia w zakresie posiadanego doświadczenia jakim ma się wykazać wykonawca, nie jest niedopuszczalne w ocenie Izby, lecz jest okolicznością szczególną, która wymaga również szczególnego uzasadnienia takiej czynności Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że warunek proporcjonalny nie jest synonimem warunku tożsamego z przedmiotem zamówienia. Ustawowe odwołanie do proporcjonalności warunku oznacza w zasadzie zakaz ustanawiania warunków wykluczających z postępowania wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty.

52. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3509/23, KIO 3515/23

Powołany powyżej przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp bezpośrednio wskazuje na wymagania jakie ustawodawca nałożył na zamawiających w związku z określeniem warunków udziału w postępowaniu, tj. z jednej strony zamawiający są obowiązani kierować się zasadą proporcjonalności względem przedmiotu zamówienia przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej strony odpowiednio ukształtowane warunki udziału w postępowaniu powinny dać zamawiającym możliwość oceny czy wykonawcy będą zdolni do należytego wykonania danego zamówienia. Innymi słowy, sposób ukształtowania warunków zamówienia musi być wyważony i powinien zabezpieczać interesy zarówno zamawiającego, który jest zainteresowany wyborem ofert wykonawców, dających rękojmię prawidłowej realizacji danego zamówienia, a jednocześnie warunki te nie mogą być nadmierne w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia i nie mogą w sposób nieuprawniony ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom.

W tym miejscu Izba przywołuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 2022r., wydany w sprawie C-195/21 (LB przeciwko Smetna palata na Republika Bułgaria). W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził m.in., że: Instytucja zamawiająca powinna ponadto stosować się przy ustalaniu kryteriów kwalifikacji do podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych ustanowionych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Do niej należy również, po pierwsze, równe i niedyskryminujące traktowanie wykonawców oraz działanie w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a po drugie, czuwanie nad tym, aby nie formułować warunków zamówienia w taki sposób, aby wyłączyć to zamówienie z zakresu zastosowania tej dyrektywy, lub aby w sztuczny sposób ograniczyć konkurencję, poprzez sformułowanie jego warunków z zamiarem nieuzasadnionego uprzywilejowania lub postawienia w mniej korzystnej pozycji niektórych wykonawców. Niemniej jednak, jako że znajduje się ona w najlepszej sytuacji dla oceny swoich własnych potrzeb, prawodawca Unii przyznał instytucji zamawiającej szeroki zakres uznania przy ustalaniu kryteriów kwalifikacji, o czym świadczy stałe zastosowanie czasownika „móc” w art. 58 dyrektywy 2014/24. W ten sposób instytucja ta korzysta zgodnie z ust. 1 tego artykułu z określonej swobody przy definiowaniu takich warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakie uzna za związane z przedmiotem zamówienia publicznego i proporcjonalne do niego oraz właściwe dla zapewnienia, że kandydat lub oferent dysponuje zdolnością prawną i finansową oraz kompetencjami technicznymi i zawodowymi koniecznymi dla wykonania udzielanego zamówienia. W szczególności zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca swobodnie ocenia warunki udziału, jakie uważa za właściwe ze swojego punktu widzenia, w szczególności w celu zagwarantowania wykonania zamówienia na takim poziomie jakości, jaki uzna za właściwy. (. . .) art. 58 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

instytucja zamawiająca mogła wprowadzić tytułem kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych i zawodowych wykonawców bardziej rygorystyczne wymogi niż minimalne wymogi ustanowione przez uregulowanie krajowe, o ile takie wymogi będą właściwe dla zagwarantowania, iż kandydat lub oferent będzie posiadał zdolności techniczne i zawodowe konieczne dla zagwarantowania realizacji udzielanego zamówienia, o ile będą one związane z przedmiotem zamówienia oraz o ile będą one do niego proporcjonalne. ”

Jak z powyższego wyroku wynika według Trybunału Sprawiedliwości zakres uznania przysługującego instytucji zamawiającej na etapie definiowania kryteriów kwalifikacji jest ograniczony w ten sposób, iż mają być one właściwe dla zagwarantowania, iż kandydat lub oferent będzie posiadał zdolności techniczne i zawodowe konieczne dla zagwarantowania realizacji udzielanego zamówienia o ile będą one związane z przedmiotem zamówienia oraz, o ile będą one do niego proporcjonalne.

53. Wyrok z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3780/23

Nie ulegało wątpliwości Izby, że celem przepisu jak i sformułowanego przez zamawiającego warunku było zatem ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami, a nie abstrakcyjna odległość bazy od granic gminy liczona np. w linii prostej bez uwzględnienia siatki dróg publicznych, którą pojazdy mogłyby pokonywać trasę od bazy do granic gminy. Stanowisko powyższe podzielono również w wyroku KIO z dnia 21.06.2013 r. sygn. KIO 1349/13. W związku z powyższym należało przyjąć, że przywołany wyżej przepis rozporządzenia [Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.) – red.], a także warunek, który odsyłał do tego przepisu, należało interpretować w ten sposób, że baza winna znajdować się w odległości 60 km od granic gminy Brzesko, liczonej po najkrótszych drogach publicznych. W związku z powyższym nie można było się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jakoby w dokumencie SWZ czy przepisie prawa nie został określony sposób, w jaki zamawiający ma zamiar obliczać odległość 60 km od granicy gminy.

Art. 117 ust. 3

54. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2367/23

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przepis art. 117 ustawy znajduje się w Oddziale 2 ustawy Pzp „*Warunki udziału w postępowaniu*”. Przepis ten zatem odnosi się do warunków udziału w postępowaniu i ustawowych wymogów dotyczących sposobu wykazania spełniania tych warunków. (...) Z art.117 ust. 3 wynika zatem, że warunkiem polegania na doświadczeniu jednego wykonawcy spośród kilku tworzących jeden podmiot – wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia, jest to, że właśnie ten wykonawca wykona usługę, dla której zamawiający wymaga doświadczenia. Inaczej jeszcze mówiąc, wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonego wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zgodnie z którym obok wskazania wymaganego doświadczenia musi być wykazane, kto konkretnie spośród grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie je realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków, wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Dokument ten ma zatem istotne znaczenie dla Zamawiającego, gdyż jego celem jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w jego treści, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz osób czy robót i odpowiednie poświadczenia należytego ich wykonania.

Art. 117 ust. 4

55. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3517/23

Warto dodać, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., zawierające informacje, które usługi/dostawy/roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy, niewątpliwie może stanowić podstawę do przeprowadzenia weryfikacji czy zdolności konsorcjum wykazywane do spełnienia warunku udziału w przetargu zostaną realnie wykorzystane w toku realizacji zamówienia (czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia faktyczne wykorzystanie tych zasobów). Z art. 117 ust. 3 p.z.p. wynika bowiem, że konsorcjant, na zdolności którego grupy wykonawców powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku, musi być obecny podczas realizacji umowy (wykona tę część zamówienia,

do której realizacji są wymagane określone zdolności podmiotowe), co jednak nie oznacza zakazu realizacji zamówienia przy udziale pozostałych członków konsorcjum – takie zastrzeżenie musiałoby zostać wprost wskazane w dokumentacji postępowania (przykładowo skorzystanie z art. 60 p.z.p., będące wymaganiem osobistego wykonania części zamówienia przez konkretnego członka konsorcjum, wymagające uzasadnienia w obiektywnych cechach danego zamówienia).

Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt: KIO 2815/22, z czym skład rozpoznający spór się zgadza, „Jeżeli zamawiający nie zastrzegł w SWZ takich obowiązków to za nadmiarowe należałoby uznać, że z oświadczenia o podziale prac będzie wynikać, że wyłącznie ten członek konsorcjum, który legitymuje się doświadczeniem wykona je w całości i to samodzielnie. Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 PZP wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji całego zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Innymi słowy, podmiot legitymujący się doświadczeniem ma aktywnie uczestniczyć w realizacji zamówienia, co nie oznacza obowiązku wykonania całości zamówienia lub konkretnych jego części. Regulacja zawarta w artykule 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony.” (...) Izba podziela również trafne stanowisko zamawiającego, iż podstawowym celem regulacji art. 117 ust. 3 p.z.p. jest wprowadzenie zasady, wedle której za potencjałem wykonawcy wnoszonym do konsorcjum idą obowiązki takiego konsorcjanta na etapie realizacji zamówienia (wykonanie prac, których wnoszony potencjał doświadczenia dotyczy). Celem tej normy jest zapewnienie realnego wykorzystania deklarowanych zasobów, co nie oznacza zakazu udziału innych konsorcjantów w świadczeniu usługi ochrony. Naruszeniem art. 117 ust. 3 p.z.p. byłaby taka sytuacja, w której podmiot wykazujący wymagane doświadczenie nie byłby zaangażowany w ogóle (lub wyłącznie marginalnie, dla pozorów) na etapie realizacyjnym, a nie scenariusz, w którym obok niego występują także inni członkowie konsorcjum (w tym nieposiadający samodzielnie doświadczenia w zakresie określonym jako warunek udziału w postępowaniu).

Art. 118 ust. 2

56. Wyrok z dnia 21 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1928/23

Mając powyższe na uwadze, należy zauważyć, że konieczność realizacji robót w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom, nie oznacza konieczności realizacji całego zamówienia. Jednakże zaangażowanie w realizację robót podmiotu udostępniającego zdolności (podlegające każdorazowo ocenie Zamawia-

jącego) musi być na tyle znaczące, żeby pozwalało na uznanie, iż gwarantuje ono prawidłową realizację zamówienia. Podmiot udostępniający w szczególności powinien brać udział w realizacji robót, które były objęte warunkiem. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący w toku postępowania odwoławczego, w zakres zamówienia wchodzi również zadania inne niż objęte udostępnionymi zdolnościami.

57. Wyrok z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2955/23

(...) skład orzekający uznał, iż Odwołujący dokonał nadinterpretacji przepisu art. 118 ust. 2 Ustawy wnioskując, iż dla wykazania realności udostępnienia zasobu podmiotu mającego wykonywać część zamówienia, jako podwykonawca, koniecznym jest aby wartość tej części prac odpowiadała wartości referencyjnej roboty budowlanej. W ocenie składu orzekającego nie można na podstawie brzmienia przepisu, jak i treści swz dokonywać porównania wartościowego robót referencyjnych z zakresem prac stanowiących przedmiot zamówienia. Tak jak we wskazanym przepisie, Zamawiający w rozdziale XI swz, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wskazał, iż wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Nie można w oparciu o taki zapis zawężyć oceny realności udostępnienia zasobu w ten sposób, iż udział podmiotu w realizacji robót budowlanych miał być zagwarantowany do wartości robót budowlanych odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu.

58. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3443/23

Dowodem potwierdzającym dysponowanie niezbędnymi zasobami jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny właściwy do tego celu podmiotowy środek dowodowy. Art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis należy jednak czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 ustawy P.z.p. Nie chodzi tu bowiem o jakiegokolwiek zobowiązanie, ale o zobowiązanie osiągające przewidziany w ustawie P.z.p. cel, czyli potwierdzające, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Zatem zobowiązanie powinno zawierać: opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby (np. oddanie narzędzi do użytkowania, wykonanie części zamówienia itp.) oraz przedstawienie opisu przekazywanych zasobów (np. urządzeń; osób), pozwalającego co najmniej na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, co pokrywa się ze wskazanym w art. 118 ust. 4 pkt 1 ustawy P.z.p. „zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby”. W przypadku gdy zasoby są udostępniane w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia,

a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, aby przekazanie zasobów osiągnęło właściwy skutek, z zobowiązania powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy P.z.p.).

Art. 123

59. Wyrok z dnia 19 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2566/23

Zgodnie więc z art. 118 ust. 2 Pzp Wykonawca, który udostępnia zasoby w postaci doświadczenia musi realizować te roboty, dla których udostępnione zdolności były wymagane. Prowadzi to zatem do wniosku, że wykonawca (...), chcąc spełnić warunki udziału w postępowaniu zgodnie ze złożonym oświadczeniem, musiałby realizować zamówienie z udziałem podwykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego w formularzu oferty. (...)

Nieuprawnionym było zatem skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, bowiem wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawców, co w niniejszej sprawie odnosi się również do podmiotów udostępniający zasoby. Zamawiający swoim działaniem dopuścił możliwość powołania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby po terminie składania ofert, w sytuacji, w której na etapie składania ofert wykonawca ten zadeklarował realizację zamówienia bez udziału podwykonawców (również tych udostępniających zasoby), co stanowi naruszenie art. 123 Pzp.

Art. 127 ust. 2

60. Wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3254/23

Izba wzięła również pod uwagę to, iż zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy PZP, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność, a analogiczne postanowienie znalazło również swój wyraz w pkt 10.12 IDW: „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki (poprzez podanie numeru referencyjnego postępowania lub nazwy postępowania oraz jednostki X prowadzącej postępowanie) oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”. Oznacza to, iż z ww. normy prawnej wynika, że dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykaże posiadane zdolności zawodowe, posługując się zamówieniami wykonanymi na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie. W takim przypadku zamawiający dysponuje wiedzą dotyczącą tego, jak takie zamówienie zostało wykonane, jak również odpowiednimi

dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 439/20).

Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie o złożenie podmiotowych środków dowodowych, pismem z dnia 13 października 2023 r. jednoznacznie oświadczył, iż: „Zamawiający w ramach realizacji umowy z dnia 2 stycznia 2017 r. nr 2413.45.2016 oraz umowy z dnia 3 grudnia 2020 r. nr 2413.25.2020 jest w posiadaniu miesięcznych raportów wykonania umowy, list obecności, dokumentów rozliczeniowych itp., potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie objętych wykazem usług”, a które to umowy zostały wskazane w wykazie usług w ramach, których Y świadczyła obsługę prawną.

W związku z powyższym, Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego, iż to Zamawiający jako podmiot na rzecz, którego świadczona była obsługa prawna w ramach podanych w wykazie usług umów, posiada najlepszą i najpełniejszą wiedzę w zakresie jakości oraz należytości wykonanych i wykonywanych usług przez radców prawnych, w tym Y. Co istotne, co należy również podkreślić, iż Odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie kwestionował należytości wykonania obsługi prawnej w zakresie usług wskazanych w wykazie przez Y.

Art. 128 ust. 1

61. Wyrok z dnia 8 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2183/23

Izba wskazuje, że art. 128 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. mają zastosowanie wyłącznie do tzw. „podmiotowych środków dowodowych”, czyli środków służących potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, pełnomocnictw oraz innych dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania. Przepis ten nie dotyczy formularzy ofert czy innych analogicznych dokumentów zawierających elementy przedmiotowo istotne przyszłego zobowiązania wykonawcy.

62. Wyrok z dnia 21 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2642/23

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić tylko raz w stosunku do danego uchybienia stwierdzonego przez zamawiającego. Ww. ograniczenie liczby wezwań związane jest z koniecznością zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W wezwaniu zamawiający powinien precyzyjnie wskazać stwierdzoną nieprawidłowość, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określić termin, w jakim powinny być one uzupełnione. W przypadku nieprecyzyjnego wezwania lub nie wskazania na wszystkie uchybienia, których usunięcie jest konieczne, może zaistnieć podstawa do wystosowania kolejnego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 492/23).

63. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3510/23

Umknął również uwadze Zamawiającego paradoks sytuacji, w której równoległe i alternatywnie wezwał do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp i uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp odnośnie tej samej okoliczności. Tymczasem zakres obu tych regulacji nie jest tożsamy i co do zasady rozłączny - jeżeli wątpliwość co do treści dokumentu da się wyjaśnić, nie zachodzi potrzeba uzupełniania tej treści, a jeżeli zaistnieje brak wymagający uzupełnienia treści dokumentu, nie da się tego uczynić w drodze wyjaśnienia dotychczasowej treści. O ile poprzedzenie wezwania do uzupełnienia wezwaniem do wyjaśnienia może być przejawem ostrożności, o tyle równoczesne wezwanie do obu tych czynności może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzupełnienia braku, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Jeżeli wezwany alternatywnie wykonawca zdecyduje się bowiem na udzielenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 pzp, dopiero na ich podstawie dochodzi do ustalenia, że brak wymaga uzupełnienia, co następnie powinno być odzwierciedlone w treści wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp.

64. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3603/23

Przepis ten przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Dotyczy to wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania. (...)

W niniejszym stanie faktycznym dokument (załącznik nr 2 – Kwalifikacja usługi) stanowiący niewątpliwie integralną część treści oferty nie został złożony. Wobec tego we wskazanym trybie (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) nie może być uzupełniony. Załącznikowi temu – jak słusznie wskazał Zamawiający – w tym postępowaniu przypisano określoną rolę. Miał on bowiem zawierać określone i istotne dla Zamawiającego informacje dotyczące kalkulacji ceny jednostkowej netto za godzinę świadczenia usługi (jej elementów). Wobec tego nie mógł być uzupełniony.

65. Wyrok z dnia 5 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3779/23

Jak wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Wymogu tego nie należy identyfikować z datą składania ofert. Nawet gdyby uznać twierdzenia odwołania za prawidłowe, to biorąc pod uwagę brzmienie przepisów ustawy Pzp i § 2 ust.

1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, to przepisy te należy odczytywać w następujący sposób: informacja z KRK ma być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem i jednocześnie ma być aktualna na dzień jej złożenia. Sformułowania „przed jej złożeniem” nie należy odnosić do terminu składania ofert, choćby ze względu na użytą w przepisie składnię zdania. Moment złożenia odnosi się do informacji a nie oferty.

Art. 128 ust. 4

66. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3335/23

W niniejszej sprawie Przystępujący z jednej strony złożył „wykaz narzędzi i urządzeń technicznych” (zał. nr 6 do SWZ), w którym wymagane pojazdy zostały wymienione jako jego zasób własny, z drugiej zaś strony – złożył wraz z formularzem cenowym dowody rejestracyjne tych pojazdów, z których wynika, że są one własnością innych spółek. Tym samym treść wykazu narzędzi wobec treści dowodów rejestracyjnych powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Faktem jest, że dowody rejestracyjne zostały złożone na potrzeby uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, nie zaś warunku udziału w postępowaniu, ale nie oznacza to, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający mógł ich treść całkowicie zignorować. Zamawiający powinien był w niniejszej sprawie powziąć wątpliwości co do podstawy dysponowania przez Przystępującego pojazdami, zwłaszcza że w momencie otrzymania wszystkich tych dokumentów (wykazu narzędzi i dowodów rejestracyjnych) nie znał jeszcze wyjaśnień Przystępującego złożonych dopiero w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z którymi Przystępujący dysponuje pojazdami na mocy umów leasingu i dzierżawy. Oznacza to, że w opisanej sytuacji (przed wszczęciem postępowania odwoławczego) Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sprzeczności między treścią dowodów rejestracyjnych a informacją o „zasobie własnym” zawartą w wykazie narzędzi.

Art. 135 ust. 1

67. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23

Na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany postanowień treści dokumentacji postępowania. Tym samym nie ma też podstaw do rewidowania jej treści, zaś w odniesieniu do ewentualnych – pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do brzmienia SWZ, wykonawcy mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych, uprawnienie, o którym mowa w art. 135 ust. 1 p.z.p., przeradza się – przez pryzmat

zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie – w obowiązek wykonawcy. Odwołujący, który twierdzi, że treść dokumentacji zawiera wymóg, którego nie da się spełnić (żądany dokument nie istnieje, a wszyscy wykonawcy mieliby składać przygotowany przez siebie dokument równoważny) uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy, powinien co najmniej zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostałyby one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28.02.2018 r., sygn. akt: VIII Ga 554/17). Z materiału procesowego wynika, że żadne wątpliwości nie zostały w postępowaniu zgłoszone, a teraz odwołujący oczekuje pozytywnych skutków swojej bierności i powołuje się na rzekome niejasności, które powinny być rozstrzygnięte na jego korzyść, a których nie miał przed złożeniem oferty.

Art. 137 ust. 6

68. Wyrok z dnia 27 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3761/23

Zgodnie z art. 137 ust. 6 zd. pierwsze Pzp w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Biorąc pod uwagę fakt wydłużenia terminu składania ofert niewątpliwym jest, że Zamawiający formalnie zrealizował obowiązek wynikający z przytoczonego przepisu.

Biorąc pod uwagę zarzuty odwołania oraz ciężar dowodowy spoczywający na Odwołującym, winien on wykazać, że Zamawiający wydłużając termin składania ofert nie zrealizował obowiązku wynikającego z art. 137 ust. 6 Pzp w sposób rzeczywisty. Tym samym Odwołujący winien udowodnić, że wydłużony termin składania ofert nie był wystarczający dla zapoznania się ze zmianą SWZ i nie zapewniał czasu na prawidłowe przygotowanie oferty.

Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron złożył dowody potwierdzające istotny charakter wprowadzonych zmian do SWZ, tj. że zmiany te rozszerzały krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu. Okoliczność ta zasadniczo nie była kwestionowana przez Zamawiającego.

W zakresie wykazania, że zmieniony termin składania ofert nie pozwalał na złożenie oferty przez wykonawców, którzy zyskali możliwość jej złożenia po zmianie

SWZ z 8 grudnia 2023 r. Odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownych deklaracjach. Logicznym jest, że zmiana specyfikacji skutkująca rozszerzeniem kręgu potencjalnych wykonawców winna iść w parze z wydłużeniem terminu składania ofert tak, by wykonawcy mieli czas wziąć udział w postępowaniu, w którym pierwotnie nie mogli uczestniczyć. Biorąc jednak pod uwagę ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym Izba nie może domyślać się czy zgadywać, czy zmiana terminu składania ofert rzeczywiście była niewystarczająca. Skoro Odwołujący podnosił, że Zamawiający swoim działaniem uniemożliwił mu złożenie oferty w postępowaniu to miał obowiązek udowodnić ten fakt, ze szczególnym uwzględnieniem związku przyczynowo skutkowego między wprowadzoną zmianą treści SWZ, zmianą terminu składania ofert i obiektywną niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu. Wobec nieudowodnienia, że Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu wyłącznie z przyczyn, za które winił Zamawiającego, to Izba musiała uznać odwołanie i podniesione w nim zarzuty za niezasadne, co skutkowało jego oddaleniem.

Art. 139 ust. 1

69. Wyrok z dnia 1 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2058/23

Wskazać należy, że zarówno art. 56 ust. 2 dyrektywy klasycznej, jak i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. mają na celu uproszczenie procedury udzielania zamówień publicznych i uniknięcie obciążeń wynikających z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji, które to obciążenia są jednym z głównych przeszkód dla uczestnictwa wykonawców w zamówieniach publicznych (patrz: motyw 84 preambuły dyrektywy klasycznej). Przepisy te chronią zatem przede wszystkim wykonawców przed utrudnieniami związanymi z koniecznością angażowania wielu podmiotów (urzędów, kontrahentów itp.) dla uzyskania podmiotowych środków dowodowych. W rozpoznawanej sytuacji wykonawcy, którzy złożyli podmiotowe środki dowodowe, czyniąc zadość wystosowanym do nich wezwaniom, świadomie z tej ochrony zrezygnowali, do czego niewątpliwie byli uprawnieni. Czynność zamawiającego, wobec której nie wniesiono środka odwoławczego, co do zasady nie może być następnie zmieniona lub unieważniona.

Izba zaznacza, że zarówno w praktyce zamawiających, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, obecny jest pogląd, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia własnych czynności samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (tak np. w wyroku z dnia 22 lipca 2015 roku, sygn. akt KIO 1462/15). Niemniej jednak tego rodzaju unieważnienia mogą być dokonywane wyłącznie w warunkach analogicznych do tych, jakie warunkują wniesienie i rozpoznawanie odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, tzn. zamawiający określonymi czynnościami naruszył przepisy ustawy P.z.p., naruszenie to powoduje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a ponadto

naruszenie to miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie wykazał, iż – wzywając wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych przed dokonaniem oceny ofert – spowodował potencjalną szkodę po stronie wykonawców (zwłaszcza, że okoliczności tej nie podnosili sami wykonawcy, biorący udział w postępowaniu) oraz że czynność ta miała wpływ na wynik postępowania. Ponadto, w ocenie Izby, to właśnie unieważnienie czynności wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, może spowodować potencjalną szkodę u wykonawców w sytuacji, w której wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, uzyska kolejną możliwość złożenia dokumentów. Okoliczność ta postawiłaby takiego wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co w szczególności zrealizowałoby się wobec przystępującego X, który mógłby złożyć inne podmiotowe środki dowodowe, jako że jest świadom nieprawidłowości, jakie zarzuca mu odwołujący w zakresie dokumentów już złożonych.

Art. 214 ust. 1 pkt 1

70. Wyrok z dnia 25 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2682/23

Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (zob. wyrok TS z 18.11.2004 r., C-126/03, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, EU:C:2004:728).

W orzecnictwie istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przesłanka jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, a obiektywne względy techniczne muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego wykonawcę.

Przekonanie zamawiającego, że wykonawca daje gwarancją najlepszego wykonania przedmiotu zamówienia, nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. Zamawiający musi wykazać, że tylko ten wykonawca jest jedynym wykonawcą, który będzie w stanie w ogóle zamówienie wykonać, ponieważ nie istnieją inni alternatywni wykonawcy. Przesłanka jednego wykonawcy wynikająca z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie oznacza zatem wykonawcy, który jako jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, tylko wykonawcę, który jako jedyny może wykonać zamówienie.

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał, by przedmiotowe zamówienie mógł zrealizować wyłącznie jeden wykonawca z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Już tylko w przedmiotowe postępowanie było zaangażowanych trzech wykonawców – odwołujący, X oraz Y. Ponadto należy założyć, że na rynku istnieje znacznie więcej wykonawców działających w branży tożsamej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia należy do usług o charakterze powszechnym, nie są to usługi reglamentowane czy wymagające jakichkolwiek zezwoleń. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził jedynie, że wykonawca, któremu udzielił zamówienia z wolnej ręki, realizował przedmiotową usługę w poprzednich latach w sposób należyty i wyraził gotowość realizacji umowy we wnioskowanym okresie tj. 1,5 miesiąca oraz od dnia 1 września 2023 r. oraz jako jedyny posiadał odpowiedni potencjał techniczny do realizacji przedmiotowego zamówienia od 1 września 2023 r. Nie są to okoliczności, uzasadniające udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. w zakresie możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Art. 214 ust. 1 pkt 5

71. Wyrok z dnia 2 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2700/23

Zamawiający ma obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania tego trybu. Jego zastosowanie nie może budzić żadnych wątpliwości. Z treści wniosku Zamawiającego o wszczęcie zamówienia publicznego o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz odpowiedzi na odwołanie wynika, że jedyną okolicznością stanowiącą uzasadnienie zastosowania przez Zamawiającego przy udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki jest przedłużające się postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie, którą to okoliczność Zamawiający utożsamiał z przesłankami z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, Zamawiający, nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. (...) Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski

żywiolowe, katastrofy, awarie, wypadki. Wyjątkowość sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego winna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zatem „wyjątkowa sytuacja” to takie zjawisko losowe, które jest obiektywnie nieprzewidywalne. (...) Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów mających potwierdzać, że udzielenie zamówienia było następstwem wstąpienia zjawisk nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia. W ocenie Izby za zjawisko nadzwyczajne, takie którego nie można było przewidzieć nie można uznać przedłużającego się postępowania sądowego, czyli sytuacji, w której wykonawcy biorący udział w postępowaniu korzystają ze środków ochrony prawnej. Jest to okoliczność, którą Zamawiający mógł i powinien był przewidzieć, a w związku z tym zaplanować przeprowadzenie postępowania w odpowiednim czasie. Zamawiający miał chociażby możliwość sprawdzenia w Sądzie Okręgowym w Warszawie, jaki jest przeciętny czas rozpoznawania spraw.

72. Uchwała z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 19/23

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający jest uprawniony udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi następująca okoliczność: *„ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia”*. Nie ulega wątpliwości, że prawidłowość zastosowania szczególnego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest tryb z wolnej ręki, stanowiący odstępstwo od zasady udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym musi być badana ze wzmożoną ostrożnością. Artykuł 129 ust. 2 ustawy pzp statuuje zasadę nadrzędności trybów przetargowych stanowiąc, że zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Przesłanki z art. 214 uprawniające do przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki mają charakter katalogu zamkniętego i należy je interpretować w sposób ścisły, gdyż przesadzają o legalnym ograniczeniu konkurencyjności.

Przechodząc do wykładni przypadku stanowiącego podstawę wszczęcia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki podkreślenia za Prezesem Urzędu wymaga, że przesłanki określone treścią art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp muszą wystąpić łącznie, z uwzględnieniem związku przyczynowo – skutkowego oraz czasowego pomiędzy tymi okolicznościami. Zamawiający powinien zatem wykazać zaistnienie łącznie następujących okoliczności: powstanie wyjątkowej sytuacji, której przyczyny nie leżą po stronie zamawiającego i której wystąpienia zamawiający nie mógł przewidzieć (jest ona obiektywnie nieprzewidywalna lub jej zaistnienie

jest nieprawdopodobne w normalnych warunkach życia społecznego i gospodarczego), wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, przy czym nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Izba podziela w całości rozważania prawne Prezesa Urzędu w zakresie interpretacji przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 5, w tym przytoczone stanowiska doktryny i orzecznictwa.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zdaniem Izby Prezes Urzędu w ustalonym prawidłowo stanie faktycznym właściwie ocenił, że sytuacja, na którą powołuje się Zamawiający nie uprawniała do skorzystania ze szczególnego trybu udzielenia zamówienia określonego w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Ze złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyniku kontroli wynika, że Zamawiający upatruje wystąpienia wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia w okoliczności dwukrotnego unieważnienia postępowania wszczętego w trybie podstawowym. Zdaniem Izby, sytuacja opisana przez Zamawiającego, stanowiąca asumpt do odstąpienia od przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym nie wpisuje się w szczególne okoliczności z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Niewątpliwie okoliczności unieważnienia postępowania nie można rozpatrywać w kategorii zdarzeń niemożliwych do przewidzenia, a więc zaskakujących zamawiającego jako gospodarza postępowania. Przeciwnie, racjonalny zamawiający planując sprawne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jego udzielenie w terminie pozwalającym na właściwe wykonanie zadań (w tym przypadku zadań własnych Gminy) jest zobowiązany uwzględnić możliwe do wystąpienia okoliczności w normalnym toku postępowania, a które to zdarzenia przewidział sam Ustawodawca, regulując również w ustawie pzp instytucję unieważnienia postępowania. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że wszczynając postępowanie zamawiający ma na celu zawarcie umowy i realizację zamówienia, a nie unieważnienie postępowania, co nie oznacza, że sytuacje, kiedy postępowanie może zakończyć się niepowodzeniem są nie tylko możliwe, ale i konieczne do przewidzenia i uwzględnienia. Na takie sytuacje wskazuje sam Ustawodawca w art. 254 ustawy pzp stanowiąc, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się: 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo 2) unieważnieniem postępowania. Planując zatem ogłoszenie postępowania we właściwym terminie, a więc z odpowiednim wyprzedzeniem zamawiający powinien uwzględnić również wszystkie sytuacje przewidziane ustawą pzp, które mogą spowodować przesunięcie terminu zawarcia umowy, m.in. sytuację, w której na skutek istotnych zmian SWZ zamawiający jest zobowiązany przedłużyć termin składania ofert. Zamawiający powinien założyć odpowiedni czas na przeprowadzenie badania i oceny ofert (zamawiający przewiduje konieczność wezwań do wyjaśnień, uzupełnień), możliwość wniesienia odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego i trwania procedury odwoławczej, zważy na konieczność zachowania okresu stand still, jak również uwzględnić sytuację, kiedy zamawiający będzie zobligowany procedurę powtórzyć na skutek unieważnienia postępowania (w tym sytuację, kiedy kwota

przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie jest wystarczająca w świetle ceny oferty najkorzystniejszej). Wszystkie te sytuacje reguluje ustawa pzp i ich wystąpienie nie powinno stanowić dla rozważnego zamawiającego okoliczności zaskakujących w toku postępowania, a tym bardziej niemożliwych do przewidzenia. Izba w tym zakresie w całości podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3796/21) (...).

Zważywszy, że Zamawiający ogłosił pierwsze z postępowań w trybie podstawowym na miesiąc przed planowanym rozpoczęciem realizacji zamówienia trudno uznać, aby Zamawiający uwzględnił wszystkie powyższe okoliczności. Zamawiający wskazywał, że na czynności Zamawiającego w postępowaniach nie wniesiono odwołania, niemniej jednak Zamawiający na etapie ogłoszenia takiej wiedzy nie posiada, a więc taką okoliczność powinien uwzględnić planując wszczęcie postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem. Brak działania Zamawiającego z należytą starannością nie może rodzić po stronie Zamawiającego uprawnienia do skorzystania ze szczególnego, niekonkurencyjnego trybu postępowania. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że Zamawiający planując postępowanie wbrew jego twierdzeniom nie wziął pod uwagę „wszystkich możliwych terminów”, w tym konieczności unieważnienia postępowania. Niemniej jednak takie okoliczności powinien mieć na względzie, gdyż nie stanowią one sytuacji wyjątkowych i nieprzewidywalnych, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie jest sytuacją nadzwyczajną okoliczność, że ceny rynkowe nie odpowiadają szacowanej wartości zamówienia czy też kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Izby tylko konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia stanowiąca wynik nadmiernie przeciągającego się bez winy zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (chodzi o okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne) mogłaby ewentualnie stanowić jedną z podstaw do zastosowania spornego trybu. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła taka szczególna sytuacja. Jak wynika z przedstawionych zastrzeżeń Zamawiający ma wiedzę, kiedy następuje w jego regionie okres wymagający realizacji usługi zimowego utrzymania dróg oraz ma świadomość, że jest to usługa newralgiczna o cyklicznym charakterze. Wobec tego rodzaju usług Zamawiający powinien więc zachować wzmożoną zapobiegliwość przy planowaniu postępowania. Zamawiający dysponował wszystkimi narzędziami (bynajmniej okoliczność przeciwna nie została wykazana), aby właściwie, racjonalnie, z odpowiednim wyprzedzeniem przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym uwzględniając konieczność jego powtarzania. (...)

Irrelevantne dla powyższej oceny zasadności zastosowanego trybu mają okoliczności powoływane przez Zamawiającego, a dotyczące poczynionych oszczędności i działania w celu racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający jest zamawiającym publicznym zobligowanym do stosowania ustawy pzp, a więc powyższe cele powinny być realizowane przy jednoczesnej zgodności z prawem zamówień publicznych, gdzie co do zasady to tryby konkurencyjne służą uzyskaniu zamówienia w sposób oszczędny i gospodarny.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Skoro Zamawiający zawarł umowy z wykonawcami wybranymi w trybie niekonkurencyjnym na skutek zaproszenia poszczególnych wykonawców do negocjacji i tym samym ograniczając możliwy krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zdaniem Izby wpływ na wynik tak przeprowadzonego postępowania jest oczywisty.

Art. 214 ust. 1 pkt 11

73. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3133/23

W odniesieniu do przesłanki z lit. a), będącej przedmiotem omawianego zarzutu, należy wskazać, iż do jej spełnienia niezbędne jest ustalenie, że zamawiający sprawuje nad osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób. Ustawodawca w ustawie Pzp doprecyzował, że kontrola ta ma polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, co jest pochodną wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości rozumienia pojęcia sprawowania kontroli (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel*, z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo*). W oparciu o powyższe orzecznictwo należy wskazać, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania czynności istotnych dla działalności tej osoby prawnej, brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej niezależność decyzyjną w kluczowych kwestiach.

Wskazać także należy na wyroki Izby z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 158/17 oraz z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, w których zwrócono uwagę, iż „w istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej współnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana (...). Wiąże się to z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. (...) Spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego

tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji." (...) W ocenie Izby z przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji nie wynikały okoliczności, które wskazywałyby na ograniczenie, osłabienie sprawowania kontroli przez Zamawiającego i odpowiednio spółek, których Zamawiający jest jedynym współnikiem. Tymczasem aby uznać, że nie mamy do czynienia z taką kontrolą, w sytuacji gdy współnikami P. Sp. z o.o. są dwie inne spółki komunalne ze 100% udziałem Gminy, należałoby wykazać, iż prawa Zamawiającego (odpowiednio spółek) wynikające z przysługujących udziałów doznają ograniczeń w sposób wpływający na istnienie dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, np. gdy z aktu założycielskiego wynika, że jednostka zamawiająca (odpowiednio spółka) jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej. (...)

Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, aby dla udzielenia zamówienia w trybie, jaki został zastosowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, konieczne było spełnienie innych przesłanek niż wymienione w sposób enumeratywny w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Badanie czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu stosowania reguł konkurencyjnych, następuje wyłącznie poprzez przyzmat przesłanek określonych ustawą dla danego rodzaju zamówienia *in-house*. (...)

Tym samym powoływanie się przez Odwołującego na to, że udzielenie zamówienia *in-house* na rzecz X doprowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji w szerokim rozumieniu (jej zakłócenia poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorcom w sytuacji, gdy usługi są zapewniane przez rynek na odpowiednim poziomie, poprzez nierynkowe dokapitalizowanie X, mechanizm subsydiowania, preferencyjne warunki kontraktowe) czy wręcz, że stanowi zwarcie niedozwolonego porozumienia, umowy przetargowej lub czyn nieuczciwej konkurencji, nie może zostać uznane za uzasadnione, jeżeli spełnione zostały kumulatywnie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Art. 216 ust. 1

74. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3133/23

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż publikacja wskazanego w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy stanowi obowiązek informacyjny instytucji zamawiającej warunkujący możliwość zawarcia ważnej umowy na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, co może nastąpić nie wcześniej

niż po upływie 14 dni od zamieszczenia ww. ogłoszenia. Przepisy ustawy Pzp nie precyzują zakresu informacji, jakie mają zostać zawarte w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. Zakres ten został zdefiniowany w akcie wykonawczym, a konkretnie w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Załącznik ten ukazuje intencje prawodawcy co do zakresu i szczegółowości informacji, których zamieszczenie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy ma charakter obowiązkowy. Zgodnie z pkt 4.2) tego załącznika w ogłoszeniu zamieszcza się uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Bezsporne jest zatem, że po stronie Zamawiającego zaktualizował się obowiązek przedstawienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wyboru trybu z wolnej ręki. Niemniej przepisy ustawy Pzp i ww. rozporządzenia nie odnoszą się do zakresu informacji, jakie powinny zostać w tym uzasadnieniu przedstawione. Zakres niezbędnych informacji będzie co do zasady determinowany przesłankami zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki właściwymi dla danego przypadku opisanego w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp, na którego zaistnienie powołuje się instytucja zamawiająca. W orzecznictwie wskazuje się, iż oceniając przedstawione przez instytucję zamawiającą uzasadnienie nie można tracić z oczu faktu, iż zmiana przepisów dotyczących publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy częściowo wymusiła na zamawiających pewne ograniczenia związane z zakresem rozpowszechnianych informacji i ich szczegółowością. W obecnym stanie prawnym zamawiający zobowiązany jest zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na odpowiednim formularzu, z użyciem dedykowanego narzędzia, podczas gdy uprzednio stosowna informacja była publikowana na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej i brak było ograniczeń treściowych (por. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/22, wyrok KIO z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 181/22). Mając to na względzie podkreślić należy, iż ocena czy przedstawione uzasadnienie faktyczne i prawne jest dostateczne, zależy od okoliczności konkretnego stanu faktycznego, w tym przede wszystkim od tego, czy uzasadnienie to poddaje się kontroli.

Art. 222 ust. 4

75. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3551/23

Na wstępie wskazania wymaga, że wypełnienie obowiązku z art. 222 ust. 4 ustawy pzp, a więc podanie informacji o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest celem samym w sobie, ale stanowi wyraz realizacji przede wszystkim zasady przejrzystości postępowania. Nie ulega wątpliwości, że kwota podana na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, którą zamawiający może przeznaczyć, a którą uprawniony będzie zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty. Określona i podana do publicznej wiadomo-

ści kwota stanowi gwarancję dla wykonawców, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej będzie niższa to zamawiający zawrze z wykonawcą umowę. Przepis służy więc realizacji zasad zamówień publicznych, jest gwarancją jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równości. Kwota ujawniona w trybie art. 222 ust. 4 ustawy pzp wiąże więc zamawiającego w tym sensie, że zamawiający nie będzie uprawniony unieważnić postępowania w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej mieści się w podanej kwocie. Nie jest to natomiast kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie.

Art. 223 ust. 1

76. Wyrok z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3077/23

Istotna dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest także kwestia formuły, w jakiej zamawiający zdecydował się prowadzić przedmiotowe postępowanie a więc w formule „zaprojektuj i wybuduj” co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter wyłącznie ogólny, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednej strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań, po stronie zamawiającego z kolei oznacza, że podstawę zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mogą stanowić wyłącznie jednoznaczne i wyczerpujące postanowienia SWZ, w tym PFU. Z kolei to wszystko, co nie zostało ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych w toku postępowania wykonawcom jest dopuszczalne, a taka oferta pozostaje w zgodzie z warunkami zamówienia. Powyższe jest również istotne z tego powodu, że zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie zdecydował się przyjąć, jako sposób powzięcia informacji jakie konkretnie rozwiązania dany wykonawca przewidział w swojej ofercie, procedurę wynikającą z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zastosował zatem ww. przepis, w celu uzyskania informacji na temat zaoferowanych projektów koncepcyjnych wykonawców, na etapie już toczącego się postępowania. Wszczęcie takiej procedury miało zatem na celu nie tyle wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści złożonych przez wykonawców ofert, ale zmierzało do tego, aby dany wykonawca udzielając wyjaśnień, udzielił odpowiedzi na szereg pytań o charakterze technicznym, które często sformułowane były przez zamawiającego w sposób otwarty i miały dać zamawiającemu wiedzę o tym jakie konkretnie rozwiązania dany wykonawca oferuje. (...)

Wskazać należy, że sam zamawiający w treści pisma, kierowanego do wykonawców z 13 lipca 2023 r. (w tym między innymi do odwołującego, ale też do wykonawcy X) stwierdził (pkt 2), że celem wezwania jest „ustalenie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ”. Z kolei z treści pytań, sfor-

mułowanych w sposób szczegółowy wynika, że celem wszczęcia tej procedury przez zamawiającego było poznanie tych elementów i powzięcie wiedzy na temat tych rozwiązań, które nie zostały wcześniej w ofercie sprecyzowane, z racji jak to wskazano wcześniej przyjętej w postępowaniu formuły prowadzenia postępowania tj. „zaprojektuj i wybuduj”.

Zamawiający zwracając się do wykonawców nie powinien też pomijać jaką funkcję w postępowaniu o udzielenie zamówienia pełni stosowany przez niego przepis tj. ma wyjaśniać wątpliwości powstałe w związku z treścią samej oferty. Zadane pytanie powinno więc konkretyzować w sposób jasny czego (jakich informacji i danych) zamawiający od wykonawcy oczekuje. Jeśli z kolei zamawiający zadaje pytania w sposób ogólny, taki który może być przez wykonawców rozumiany w różny sposób powinien, w przypadku powzięcia wątpliwości w związku z udzielonymi wyjaśnieniami, czy stwierdzenia niejasności co do deklaracji zawartych w tych wyjaśnieniach, ponownie wezwać wykonawcę do ich doprecyzowania czy doszczegółowienia, wskazując na powziętą wątpliwość, czy stwierdzoną niezgodność.

Co należy także podkreślić, jeśli zamawiający na taką procedurę się zdecydował i jego zamiarem było szczegółowe zapoznanie się z przyjętymi przez wykonawcę rozwiązaniami, proponowaną technologią, konstrukcją czy sposobem wyceny poszczególnych elementów, miał obowiązek prowadząc takie postępowanie wyjaśniające, równo traktować wszystkie podmioty. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznaczało to, że jeżeli zamawiający nie wyciągał w stosunku do jednego z wykonawców konsekwencji w przypadku, gdy z udzielonej odpowiedzi nie wynikały wszystkie elementy, o które zamawiający się pytał (wykonawca X odpowiadając na niektóre pytania deklarował jedynie, że oferowane rozwiązania są zgodne z PFU, nie udzielając *de facto* odpowiedzi), nie powinien też wyciągać w stosunku do odwołującego konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, jeśli np. ten nie udzielił odpowiedzi na pytanie w taki sposób, jakiego zamawiający oczekiwał tj. niepełny czy budzący wątpliwości. W odniesieniu do odwołującego zamawiający dokonał dowolnej interpretacji użytych przez niego deklaracji i sformułowań, wywodząc z nich brak zgodności z treścią SWZ. Zamawiający naruszył zatem zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż z jednej strony w odniesieniu do wykonawcy X zaakceptował, iż ten odpowiadając na szczegółowo zadane mu pytania powołał się wyłącznie na zapisy PFU deklarując, że zapisy te spełnia (tak np. odpowiadając na pytania 3.4, 3.12, 3.13, 3.22), nie udzielając jednoznacznej odpowiedzi, trudno zatem uznać, że na podstawie udzielonych odpowiedzi zamawiający osiągnął cel, jaki przyświecał mu prowadząc niniejszą procedurę wyjaśniającą tj., że rozwiązał swoje wątpliwości i posiadał wiedzę co do tego jakie szczegółowe rozwiązania X oferuje. Z kolei w odniesieniu do odwołującego zamawiający wyciągnął konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty, które to wnioski płyną, jak stwierdził, ze szczegółowo złożonych przez niego wyjaśnień w postępowaniu. Oceniając postępowanie zamawiającego, który w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwracał się do wykonawców prosząc o wyjaśnienia i, przyjęte do sporządzenia

oferty założenia czy rozwiązania, należało dojść do przekonania, że naruszył on także zasady przejrzystości i proporcjonalności, które powinny być przestrzegane w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ta pierwsza oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich szczegółowego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób. Zasada przejrzystości wprowadza z kolei zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji lub obowiązujących przepisów prawnych. W niniejszym postępowaniu oznaczało to tyle, że pytając wykonawców o kwestie odnoszące się do szczegółowych rozwiązań, winien pamiętać po pierwsze jaką formułę przetargu przyjął, a po drugie, że wszystkie odpowiedzi mieszczące się w graniach opisanych w PFU - należało uznać za poprawne.

Wspomniane wyżej zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców wymagały również, aby w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający skierował do odwołującego dodatkowe pytania, dając mu szansę na wyjaśnienie treści jego oferty, w związku z podejrzeniem jej niezgodności, czy stwierdzenia jej sprzeczności z warunkami zamówienia, tak aby mógł on wyjaśnić jaka była rzeczywista intencja wykonawcy składającego wyjaśnienia a ponadto, aby miał możliwość odniesienia się do kwestii oczekiwań zamawiającego, wyrażonych w treści SWZ. Zamawiający takiej procedury zaniechał, dokonując swoistego uproszczenia polegającego na tym, że skoro jego zdaniem odpowiedzi na pytania są niekompletne, niewyczerpujące czy też niejasne - taka oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

77. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3692/23

Izba zdecydowanie podkreśla, że skorzystanie przez instytucję zamawiającą z możliwości weryfikacyjnych, jakie daje jej art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest każdorazowo uprawnieniem Zamawiającego i aktualizuje się jedynie w przypadku, gdy bez uzyskania dodatkowych, jednoznacznych informacji od wykonawcy nie da się ocenić, czy badana oferta w określonym zakresie spełnia wymagania wyartykułowane w SWZ. Procedura z art. 223 ust. 1 ustawy PZP ma zatem rozwiązać wątpliwości Zamawiającego i pozwolić mu na to, aby w sposób jednoznaczny i pewny mógł on ustalić i potwierdzić czy złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia czy też nie. W niniejszej sprawie treść złożonego przez Odwołującego dokumentu, z której wynikała niezgodność jego oferty z parametrem technicznym ujętym w poz. nr 22 w Załącznikach nr 12A i nr 12B do SWZ, była jednoznaczna i nie mogła budzić niczyich wątpliwości, wobec czego prowadzenie dalszych wyjaśnień w sprawie ustalenia i potwierdzenia pojemności podajnika ADF w urządzeniu firmy X model Y było zbędne.

Art. 223 ust. 2 pkt 1**78. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3767/23**

Po pierwsze, należy stwierdzić, iż nie ulega wątpliwości, że w sytuacji wystąpienia w ofercie wykonawcy jednej z omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Celem powołanego przepisu jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia.

Po drugie, w orzecznictwie wskazuje się, że istotą oczywistej omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym.

Immamentną cechą omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, podlegającej poprawieniu, jest również jej oczywistość. Omyłka oczywista musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”, nie budząca wątpliwości, a jej poprawienie powinno być możliwe bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń. Zamawiający powinien wiedzieć jak należy poprawić omyłkę.

Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie, rozbieżność pomiędzy liczbowym a słownym zapisem ceny brutto oferty nie stanowiła oczywistej omyłki pisarskiej, podlegającej poprawie w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie przeczy, że rozbieżność ta miała charakter omyłki, polegający na braku dostosowania zapisu słownego do liczbowego. Jednakże, jak wynikało z przebiegu rozprawy, zapisy i słowny, i liczbowy, miały dwa różne źródła takiego określenia. Jak wyjaśnił odwołujący w toku rozprawy, zapis słowny (tj.: „dwieście dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćdziesiąt złotych 00/100”) wynikał z wcześniejszego przygotowania oferty. Natomiast w związku z dodatkowymi wyjaśnieniami treści SWZ, dokonanymi przez zamawiającego w dniach 1 i 4 grudnia 2023 r., odwołujący stwierdził, że zachodzi konieczność uwzględnienia dodatkowych okoliczności w cenie oferty, stąd też pojawił się odmienny zapis liczbowy ceny oferty (tj.: „297 000,00 zł”). Jednocześnie pracownik odwołującego, odpowiedzialny za przygotowanie oferty, nie dostosował zapisu słownego ceny oferty, nie wychwycił zaistniałej omyłki.

W takim stanie faktycznym trudno uznać, że zamawiający mógłby we własnym zakresie dokonać poprawy omyłki w treści oferty odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny brutto oferty. Skąd miałby bowiem wiedzieć, która z podanych cen jest ceną właściwą. Z kolei wezwanie wykonawcy do wyjaśnień czy też poprawa omyłki na podstawie wyjaśnień samodzielnie złożonych przez odwołującego należy uznać za niedopuszczalne, gdyż zawsze w takich przypadkach istnieje możliwość ryzyka manipulacji ceną. Zamawiający mógłby pokusić się o danie prymatu zapisowi

słownemu ceny oferty, w myśl dawniej obowiązującego przepisu art. 88 dawnej ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na wyjaśnienia wykonawcy, z których to wynika, że prawidłową ceną jest cena 297 000,00 zł, jak również z uwagi na wyjaśnienia złożone w toku rozprawy, wskazujące, iż odmienny zapis liczbowy nie jest tylko i wyłącznie skutkiem zwykłej omyłki pisarskiej, ale wynika z ponownego przeliczenia oferty, uznać należy, że brak podstaw do przyjęcia tutaj oczywistości omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 czy też oczywistej omyłki rachunkowej.

Natomiast odnosząc się do samego uzasadnienia odrzucenia oferty, to podkreślić należy, że Izba w składzie orzekającym nie podziela stanowiska zamawiającego, iż doszło do złożenia dwóch ofert, czy też oferty wariantowej. Zamawiający nie przedstawił żadnego logicznego uzasadnienia dla twierdzenia, jakoby odwołujący złożył dwie oferty (dwa oświadczenia woli).

Art. 223 ust. 2 pkt 2

79. Wyrok z dnia 27 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3367/23

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z oczywistą omyłką rachunkową, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, której Zamawiający zaniechał poprawić w ofercie wykonawcy X. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby z treści SWZ wynikało, iż decydującą była cena całkowita oferty wskazana w formularzu ofertowym oraz że działania matematyczne miały zostać przeprowadzone przez wykonawców w ten sposób, że najpierw miała zostać ustalona cena całkowita oferty, a następnie wykonawca był zobowiązany podzielić tą wartość na poszczególne pozycje – „Podzadania” formularza nr 1a do SWZ. Twierdzenia te nie tylko są nielogiczne, ale przede wszystkim nie znajdują oparcia w postanowieniach SWZ, w tym konstrukcji formularza nr 1a do SWZ, które należy interpretować łącznie.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że już w postanowieniu dotyczącym sposobu obliczenia ceny Zamawiający akcentuje konieczność podania ceny netto za realizację części podstawowej opisanej w załączniku nr 2 (OPZ), gdzie znajdują się wymagania względem każdego z „Podzadań” i „określonej w pozycjach 1 do 11 „Szczegółowego formularza ofertowego”. Podobnie w przypadku podania ceny opcji Zamawiający odwołuje się do pozycji 12 „Szczegółowego formularza ofertowego”. Zamawiający jednoznacznie wskazał zatem w treści SWZ, że wymaga podania ceny netto za realizację części podstawowej i opcji odnosząc się do formularza nr 1a do SWZ. W ocenie Izby brak wyrażenia „wyłącznie” dodanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przed: „*dodatkowo Zamawiający wymaga podania.*” powoduje z całą pewnością, że treści formularza nr 1a do SWZ nie można traktować jako pomocniczego względem określonej wartości brutto za realizację całego zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem, że w formularzu ofertowym należy podać cenę łączną, a dodatkowo wymagał podania cen w for-

mularzu nr 1a. Oznacza to, że podanie każdej z tych cen było wymagane przez Zamawiającego. Co do określenia, które z cen były wyjściowe dla przeprowadzenia działań matematycznych to wynika to wprost z konstrukcji formularza nr 1a do SWZ, gdzie wykonawcy mieli podać wartości netto i brutto każdego z Podzadań, następnie zsumować ceny dla każdego z Zadań oraz zsumować wartość Zadania 1, Zadania 2 i Opcji. Zastosowane przez samego Zamawiającego formuły w pliku exel nie pozostawiają wątpliwości jak powinna zostać wyliczona cena ofertowa. Co więcej, jak słusznie podnosił Odwołujący, zgodnie z pkt 10.1.1. SWZ zarówno formularz ofertowy jak i szczegółowy formularz ofertowy stanowiły treść oferty. Zamawiający w żadnym z postanowień SWZ nie zaznaczył, że formularz nr 1a do SWZ ma charakter wyłącznie pomocniczy, informacyjny, a podane w nim ceny nie są wiążące. Takie zresztą zastrzeżenie byłoby sprzeczne z samą konstrukcją formularza wskazującą sposób obliczenia ceny. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym ceny netto za część podstawową, której nie sposób wyliczyć z ceny łącznej brutto podanej w formularzu ofertowym. Koniecznym dla ustalenia ceny netto za zamówienie podstawowe było więc jej wyliczenie w oparciu o wartości netto poszczególnych Podzadań w zadaniu nr 1 i 2 z formularza nr 1a, co dodatkowo potwierdza niezasadność stanowiska Zamawiającego.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego i wyliczenia przez niego zaprezentowane w odwołaniu względem oferty wykonawcy X są prawidłowe. Jak sam Zamawiający przyznał w postępowaniu odwoławczym, w formularzu nr 1a do SWZ w pozycji dotyczącej wartości Zadania 2 Zamawiający dwukrotnie wskazał w formule exel na zsumowanie wartości brutto Podzadania 11.1. Wykonawca X błędnie nie zauważył, w konsekwencji wartość brutto Zadania 2 w formularzu nr 1a przez niego złożonym zawierała dwukrotnie wartość Podzadania 11.1 w wysokości 369 000,00 zł brutto. Powyższe spowodowało dalsze nieprawidłowości zarówno w cenie łącznej wskazanej w formularzu nr 1a, jak i w cenach wskazanych w formularzu ofertowym. Niewątpliwie, błąd opisany powyżej kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp do czego Zamawiający był zobligowany. Omyłka była bowiem wynikiem nieprawidłowo przeprowadzonych działań matematycznych, a błąd ten Zamawiający łatwo mógł zauważyć i zauważył, co wynika z roboczego formularza nr 1a złożonego przez Odwołującego jako dowód. Zamawiający potwierdził na rozprawie, że jest to jego plik wewnętrzny. W ocenie Izby jest to dowód jednoznacznie potwierdzający, że Zamawiający miał świadomość omyłki w ofercie wykonawcy X, której jednak nie zdecydował się poprawić. W treści pliku w poz. dotyczącej wartości brutto Zadania 2 została bowiem wprowadzona właściwa, wynikająca z prawidłowych obliczeń matematycznych wartość: 788 430,00 zł brutto, natomiast w poz. „Razem wartość (brutto) Zadania 1 + Zadania 2 + Prawo opcji” kwota: 1 321 610,40 zł. Niewątpliwie, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z nieprawidłowych działań Zamawiającego. Zamawiający wprowadzając błędną formułę w pliku exel przyczynił

się do wystąpienia omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy X, tym bardziej był zobowiązany ten błąd naprawić i doprowadzić do porównywalności ofert w postępowaniu. W świetle złożonego przez Odwołującego dowodu oraz jednoznacznych postanowień SWZ niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający odstąpił od poprawy omyłki w ofercie wykonawcy X i uznał, że to cena łączna z formularza ofertowego jest ceną prawidłową, względem której Zamawiający prowadził dalszą ocenę oferty ww. Wykonawcy.

Art. 223 ust. 2 pkt 3

80. Wyrok z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2640/23, KIO 2651/23

Izba ustaliła, że Odwołujący w pkt 4.5 i 4.6 formularza cenowego wskazał ceny jednostkowe netto w kwocie 4 527,01 zł, natomiast w pkt 1.5 i 1.6 formularza cenowego w ofercie Odwołującego zostały wskazane ceny jednostkowe „8 800,00”. Okoliczność ta jest między Stronami bezsporna. Z powyższego więc bezsprzecznie wynika, że Odwołujący przekroczył ustalony przez Zamawiającego limit 50%. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający prawidłowo zakwalifikował błąd popełniony przez Odwołującego w formularzu cenowym w rozdziale 4.5 oraz 4.6 jako niezgodność z warunkami zamówienia i dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Brak było bowiem – wbrew stanowisku Odwołującego – możliwości poprawienia ww. niezgodności w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako innej omyłki, gdyż nie sposób uznać jej za nieistotną. Dokonana zmiana stanowiłaby bowiem niedozwoloną zmianę treści oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym wynagrodzenia w ww. pozycji. Kolejno wskazać należy, że Zamawiający nie ograniczył Wykonawcom możliwości określenia tych pozycji na dokładnie 50%, tylko umożliwił Wykonawcom określenie tych pozycji wartością do 50%, co oznacza, że Odwołujący mógł zgodnie ze swoją wolą wskazać cenę która nie będzie przekraczała 50% wartości w pozycjach pkt 1.1- 1.6 formularza cenowego. Innymi słowy nie musiała być to kwota równa 50% wartości pozycji 1.1-1.6., lecz mogła być to również dowolna kwota mniejsza od wskaźnika 50% wartości ww. pozycji (...) Powyższe powoduje więc wiele możliwości wyceny pozycji nr 4.5 i 4.6 formularza cenowego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że okoliczność iż określił on wartość pozycji 4.1.-4.4 formularza cenowego na poziomie 49,90% wartości pozycji 1.1-1.4 wskazywała, że również w pozycjach 4.5-4.6. wykonawca chciał zaoferować również cenę na takim samym poziomie. Powyższych zamierzeń nie sposób odczytać ze złożonej w postępowaniu oferty. Źródłem informacji w tym zakresie jest dopiero złożone przez Odwołującego oświadczenie w piśmie z 21 lipca 2023r. Podkreślić natomiast należy, że to do wykonawców ubiegających się o zamówienie należało określenie, jaka procentowa wartość stanowić będzie ich wynagrodzenie w ramach tej pozycji, tj. 30%, 45% czy np. 49,90%. Dokonanie więc poprawy ww. omyłki wiązałoby się z konieczno-

ścią przeprowadzenia niedozwolonych na gruncie przepisów Pzp negocjacji z Odwołującym, jaka cena powinna zostać wpisana, aby mieściła się w określonym przedziale. Powyższe natomiast prowadziłyby do rażącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

81. Wyrok z dnia 25 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2683/23

Zaznaczenia wymaga, w ramach zarzutu dotyczącego Wykonawcy X, że okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami było, że Wykonawca ten zaferował w poz. 26 produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie koloru produktu. X wskazał na kod produktu w kolorze pomarańczowym, natomiast zgodnie z opisem produktu podanym przez Zamawiającego w formularzu cenowym, Zamawiający oczekiwał koloru niebieskiego. Odmienna i sporna była natomiast ocena prawna tej okoliczności. Zamawiający podnosił bowiem, że wbrew twierdzeniom Odwołującego podanie kodu produktu o innym kolorze kwalifikuje się jako omyłka pisarska, co nie powinno wywoływać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty, szczególnie że Wykonawca w wyjaśnieniach złożonych w dniu 8 września 2023 r. zobowiązał się dostarczyć produkt we właściwym kolorze, a omyłka dotyczyła 1 poz. na kilkanaście. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że niezgodność oferowanego produktu z warunkami zamówienia w ofercie Wykonawcy X jest nieusuwalna, gdyż każda ingerencja w treść podanej przez Wykonawcę informacji będzie powodowała niedozwoloną zmianę oświadczenia woli Wykonawcy.

W żadnym wypadku niezgodności tej nie można uznać za omyłkę pisarską, jak podnosił Zamawiający. Omyłka pisarska jest to niedokładność, która powinna przede wszystkim cechować się oczywistością w jej zauważeniu bez konieczności przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Za taką uznaje się w orzecznictwie błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany zamierzonym uchybieniem merytorycznym. Omyłką jest również błąd możliwy do zidentyfikowania na podstawie porównania z pozostałymi dokumentami stanowiącymi treść oferty. Poprawa omyłki pisarskiej nie może jednak spowodować zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy. W ocenie Izby, ustalona niezgodność w ofercie X nie kwalifikuje się do poprawienia w ww. trybie. Izba zauważa, że Zamawiający nie dokonał zresztą takiej poprawy, a więc niezgodność w ofercie X nie została w żaden sposób konwalidowana i zdaniem Izby nie mogła. Po pierwsze, niezgodność oferty z opisem nie została przez Zamawiającego zauważona. Zamawiający wystosował do X wezwanie do wyjaśnień dopiero po interwencji Odwołującego i po wyborze oferty X jako najkorzystniejszej. Nie ma również w ocenie Izby uzasadnienia dla uznania wpisania produktu niezgodnego z SWZ jako niewielki błąd. Produkt taki występuje bowiem na rynku i jest produktem dostępnym, co wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego. Co więcej, poprawa takiej omyłki

jako pisarskiej, czy też innej omyłki, niewątpliwie zmieniłaby treść oświadczenia woli Wykonawcy X, co jest niedopuszczalne. Warunkiem poprawienia omyłki jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy. (...). Nie ulega wątpliwości, że dokonanie poprawienia produktu z niespełniającego wymagań SWZ na produkt spełniający te wymagania prowadziłyby do wykreowania nowego oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie oferowanego koloru produktu, tym samym istotnej zmiany merytorycznej treści oferty. Istotność w rozpatrywanym przypadku polega właśnie na zmianie oświadczenia Wykonawcy, a więc argument Zamawiającego, że niezgodność dotyczy jednego produktu na kilkanaście pozostaje bez znaczenia. Twierdzenia takie mogłyby przemawiać za poprawieniem omyłki wyłącznie w sytuacji, gdyby w wyniku korekty merytoryczna treść oferty wykonawcy nie uległa zmianie w sposób istotny.

(...) Wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ją ograniczać. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w świetle treści oferty i dokumentacji postępowania nie był uprawniony do uznania wyjaśnień X także dlatego, że prowadziły one do negocjowania treści oferty. Zauważyć należy, że treść wymagań Zamawiającego była jasna i precyzyjna. Z treści oferty X w zakresie poz. 26 formularza cenowego wynikało jednoznacznie jaki produkt oferuje. Porównanie treści dokumentacji postępowania z merytoryczną zawartością oferty prowadziło do oczywistego wniosku o niezgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia.

82. Wyrok z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3060/23

Inna omyłka ma miejsce wtedy, gdy wykonawca w ofercie przyjął element zamówienia inny niż Zamawiający w dokumentach zamówienia, ale możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki, a nie świadomego działania. Omyłka może bowiem polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu. (...)

Konieczność poprawienia omyłki wynika wprost z ustawy i ma zastosowanie niezależnie od tego, czy zamawiający przewidział poprawianie omyłek w warunkach zamówienia lub ogłoszeniu. (...) Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest uzależnione od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złoże-

niu oświadczenia woli o określonej treści. Po drugie, poprawienie niezgodności nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty.

Przepis ten jest następcą prawnym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzednio obowiązującej i wprowadzony był w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Dopuszcza on poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłka. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Dopiero po zbadaniu możliwości poprawienia ofert na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uznaniu, że takie poprawienie jest niedopuszczalne, zamawiający odrzuca ofertę.

83. Wyrok z dnia 17 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3130/23, KIO 3164/23

W sytuacji, w której pomimo ustalonych w swz zasad dokonywania poprawienia treści oferty, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przepisów Ustawy, to po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania, iż zastosowanie reguł przyjętych w dokumentacji prowadziło do naruszenia Ustawy w taki sposób, iż nie było do pogodzenia zarówno z dyrektywą przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, jak również zasadami podstawowymi. W ocenie składu orzekającego taka sytuacja w postępowaniu nie miała miejsca.

Odwołujący swoją argumentację sprowadził bowiem do wniosku, iż czynność poprawienia treści oferty prowadzić miała do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Mając jednak na uwadze wytyczne stosowania przepisu ukształtowane m.in. orzecznictwem organów rozpoznających środki odwoławcze, poprawienie omyłek następuje właśnie przez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, na co wymagana jest jego zgoda. Zatem to nie przez sam fakt dokonania korekty oświadczenia woli zasadnym jest kwestionowanie czynności poprawienia treści oferty. Koniecznej jest bowiem ustalenie, czy taka zmiana była możliwa do dokonania w oparciu o znajdujące się w ofercie dane. (...) W ocenie składu orzekającego okoliczności te wskazują, że czynności Zamawiającego nie prowadziły do uzupełnienia oferty o wycenę pozycji, które od początku zostały wycenione w wartości zsumowanej, a jedynie do ich sprecyzowania, do czego podstawy istniały w ofercie. Nie rozstrzygając w tym miejscu o możliwości skorzystania wprost z cen wskazanych w pliku exel (gdyż nie było to zastosowane przez Zamawiającego), należy podkreślić, iż dane potrzebne do skorygowania treści oferty od początku się w niej znajdowały. Odwołujący nie wykazał, aby metoda przewidziana w IDW prowadziła do wytworzenia nowego oświadczenia. W okolicznościach niniejszej

sprawy zasadniczym były te związane z ustalonymi w dokumentacji postępowania regułami poprawienia oferty w przypadku braku wskazania cen jednostkowych, co zdaniem Izby było postanowieniem wiążącym tak zarówno przez brak zakwestionowania ustalonych zasad na właściwym etapie postępowania, jak również braku naruszenia przepisu ustawowego. Co istotne, Zamawiający uzupełnił ceny jednostkowe w oparciu o wycenę analogicznych pozycji przedmiarowych znajdującą się w ofercie, co oznaczało przyjęcie stawek wskazanych przez samego Wykonawcę. Jednocześnie, przyjęcie innych wskazanych w ofercie stawek również mieściło się w dopuszczalnej korekcie treści oferty, jako nieprowadzące do niedopuszczalnej negocjacji z Wykonawcą. Zamawiający miał podstawy do wskazania stawek jednostkowych, a wyrażenie zgody na zmianę wyceny przez Wykonawcę stanowiło o akceptacji prowadzącej do zmiany wskazanych pozycji przedmiarowych. Sytuacja ta jest zgoła odmienną od tej, w której nie ma podanych stawek, a postanowienia dokumentacji nie wprowadzają żadnych wytycznych. W interesie zarówno wykonawców, jak i samego zamawiającego, jest ustalenie przejrzystych zasad dokonywania czynności w postępowaniu, co w niniejszej sprawie pozwoliło w zgodzie z przepisami Ustawy na poprawienie treści oferty najkorzystniejszej.

84. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3808/23

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślała, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca sporządzając ofertę ze całą świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, może jednak mylnie nie zdawać sobie sprawy, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji. Jeżeli treść oświadczenia woli wyrażonego w ofercie będzie niezgodna z treścią specyfikacji, choćby tylko z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty. Dla oceny, czy wprowadzone zmiany mają charakter istotny kluczowe znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. (...)

W ocenie Izby taka sytuacja wystąpiła w części 2 Postępowania. Przystępujący skorzystał z formularza sprawdzenia oferty, przygotowanego przez Zamawiającego w celu umożliwienia wykonawcom sprawdzenie, czy ceny przez nich zaproponowane za poszczególne etapy spełniają wymogi z ppkt. 15.2.2 SWZ. Przystępujący po uzyskaniu informacji, że ceny zostały skalkulowane prawidłowo przeniósł te dane do formularza oferty. Formularz sprawdzenia oferty zawierał błąd, ale mimo tego został wygenerowany komunikat, że cena oferty jest prawidłowa. Zamawiający zauważył i poprawił powyższą omyłkę oraz zawiadomił o tym fakcie

Przystępującego. Przy czym, co istotne, Zamawiający poprawił ofertę w zakresie zamówienia opcjonalnego, a wartość całej oferty wzrosła o niecałe 0,5%. Zatem należy mieć na uwadze, czy poprawienie oferty przez Zamawiającego spowodowała zmianę całej wartości oferty, a nie jak twierdzi Odwołujący zamówienia opcjonalnego. Izba stwierdza, że o istotności zmiany dokonanej przez Zamawiającego nie może świadczyć bynajmniej fakt, jak wskazuje Odwołujący w odwołaniu, że w przeszłości Zamawiający nie decydował się na poprawienie omyłek, lecz odrzucał oferty obarczone podobnymi niezgodnościami. Powyższa okoliczność nie ma znaczenia dla obecnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Kontrolni Izby podlegają czynności Zamawiającego dokonane w obecnym postępowaniu. Tym samym możliwość poprawienia przez zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia następujących przesłanek: 1. niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli, 2. poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby powyższe przesłanki zostały spełnione w powyższym przypadku, więc Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 224 ust. 1

85. Wyrok z dnia 16 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2256/23

Oddalając odwołanie w zakresie objętym zarzutami Izba uznała, iż zasadnicza teza jakoby wezwanie do dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny miało mieć uzasadnienie jedynie przy uznaniu, iż wykonawca na pierwsze wezwanie udzieli wyjaśnień pozwalający uznać je za rzeczowe, stanowi znaczące uproszczenie i nie wynika z przepisów Ustawy. Analizując przepisy Ustawy należy zauważyć, iż ustawodawca nie wprowadził jednoznacznego ograniczenia tak co do zakresu wyjaśnień, jakie mogą prowadzić do rozwiania lub potwierdzenia podejrzenia zaofiarowania rażąco niskiej ceny, jak i ilości pytań, jakie może skierować zamawiający badając ofertę w tym zakresie. Procedura dedykowana wyjaśnieniom w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny wynika z art. 224 Ustawy i obejmuje sytuacje, w której zachodzi przypadek opisany w ust. 1 i 2. Co istotne obejmują one dwa różne stany wynikające bądź z faktu podejrzenia rażąco niskiej ceny (ust. 1) bądź występującej różnicy ceny całkowitej oferty do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (ust. 2). Należy zauważyć, iż w każdym z przypadków wskazanych w ust. 1 i 2 zasadnym jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których złożenie poprzedzać ma ostateczną oceną merytoryczną oferty.

W sprawie nie budzi sporu ustalenie, iż zastosowanie znajdować miała podstawa z ust. 1 – zachodzić miała wątpliwość zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Nie budzi sporu ustalenie, iż w pierwszym wezwaniu Za-

mawiający nie wskazał w czym tkwią obawy Zamawiającego mające uzasadniać wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, jak również nie było w tym wezwaniu żadnego innego wskazania poza przywołaną treścią przepisu. W sytuacji, gdy wezwanie kierowane jest w oparciu o ustęp 1 przepisu należy uwzględnić, czy i jakie elementy kalkulacyjne zamawiający wskazał, a przy ich braku nie jest właściwym przypisywanie treści wyjaśnień charakteru nierzecowego. Skoro przyczyną kierowanego wezwania są wątpliwości zamawiającego, to należy oczekiwać, iż zostanie to w jakiś sposób zakomunikowane, tak aby wykonawca mógł zidentyfikować, jaki element wymaga omówienia i udowodnienia. Jeżeli na takie wezwanie nie zostanie udzielona odpowiedź lub będzie ona nadal utwierdzała zamawiającego w wątpliwościach, możliwe jest zastosowanie sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 Ustawy.

W przypadku gdy cena ma charakter ryczałtowy, jak w niniejszym postępowaniu, a zakresy wyceny są uzależnione od zakresu projektowanych prac w ramach danego etapu, Zamawiający słusznie uznał, iż należy wskazać rodzaj informacji, które pozwoliłyby na rozwianie jego podejrzeń co do możliwości realizacji zamówienia lub istotnych części składowych ceny, które wydawać miały się rażąco niskie. W tym miejscu należy odnotować, iż ogólne wezwanie bez identyfikacji przyczyn, które miały uzasadniać powzięcie podejrzenia co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, stanowić może przyczynę niedostatecznej treści wyjaśnień, gdyż wykonawca nie mając wiedzy o intencji przyświecającej wezwaniu, udzielić może niejasnych lub ogólnikowych wyjaśnień. Taka sytuacja najczęściej prowadzi do złożenia wyjaśnień niedostatecznych dla wykazania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, co miało miejsce w sprawie na etapie składania pierwszych wyjaśnień. Zamawiający w pierwszym wezwaniu wyłącznie ograniczył się do wskazania elementu ceny objętego zakresem II (etap II i III zamówienia), które obejmowały rodzajowo inny zakres zamówienia niż objęty częścią gwarantowaną (zamówieniem podstawowym) i nie precyzował swoich wątpliwości. W drugim wezwaniu wymagał już zakreślonych do rodzaju kosztów i materiałów danych, jednocześnie nie ograniczał żądania wyłącznie do zakresu II zamówienia (etap II).

86. Wyrok z dnia 12 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2521/23

Izba podkreśla przy tym, że nie ma konkretnego katalogu okoliczności, którymi winien się kierować zamawiający przy podjęciu decyzji co do wystosowania do wykonawców wezwań w sprawie wyjaśnień wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może jednak brać pod uwagę także posiadaną z urzędu wiedzę w zakresie możliwości realizacji zamówienia przez poszczególnych wykonawców czy też stawek oferowanych za analogiczne usługi w ujęciu historycznym oraz uwzględnieniem czynników rynku lokalnego.

87. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3394/23

(...) relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób zobiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp podkreślić należy, że o ile prima facie brzmienie tego przepisu jest analogiczne do art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. De lege lata wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub koszt (względnie ich istotne części składowe) wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odnośnymi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym.

88. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3540/23

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyceny zakresu objętego opcją dokonanej przez przystępującego. Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16), że przepis zawarty w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący jednak nie wykazał, że zamawiający – rezygnując z wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień wyceny zakresu zamówienia objętego opcją na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. – naruszył wskazany przepis. (...)

Odwołujący oparł zarzut na porównaniu wyceny prawa opcji dokonanej przez przystępującego z wycenami zawartymi w ofertach innych wykonawców, co – w ocenie Izby – nie jest wystarczające. Odwołujący nie wskazał żadnego mini-

malnego poziomu kosztów, jakie – w jego przekonaniu – winny zostać poniesione przy realizacji czynności objętych prawem opcji. Sama wycena opcji na wyższym poziomie przez innych wykonawców, bez wskazania, co się na tę wycenę składa, nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu. (...)

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

W świetle art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Aby zatem ustalić, czy zakres zamówienia objęty prawem opcji stanowi istotną część składową ceny oferty, należy ustalić, czy w odniesieniu do tego zakresu zachodzą przesłanki powodujące, że zakres ten w sposób znaczny przyczynia się do powstania kosztów po stronie wykonawcy.

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanym przypadku okoliczności takie nie zachodzą. Udział ceny zakresu prawa opcji w ogólnej cenie oferty każdej ze złożonych ofert nie przekracza kilku procent. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że ta część zamówienia ma decydujący wpływ na powstanie kosztów u wykonawcy.

89. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3607/23

W niniejszym stanie faktycznym ceny całkowite zaofertowane przez wykonawców były do siebie bardzo zbliżone. Jednak przedmiotem badania Zamawiającego – jak wskazał Odwołujący – powinna być nie cena całkowita lecz stawka netto 1 roboczogodziny. Stanowi ona bowiem istotną częścią ceny oferty danego wykonawcy. Stawka ta (wskazana w ofercie przez konsorcjum X), jak wyliczył Odwołujący, uwzględniając obowiązkowe elementy wynagrodzenia jakie musi ponieść pracodawca oraz wymagania Zamawiającego określone w SWZ dla tego konkretnego postępowania, nie pokrywa nawet kosztów osobowych realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem wartość tych kosztów nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na pod-

stawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Musi bowiem te minimalne wymagania uwzględnić.

W przypadku tego zamówienia – jak dalej dowodził Odwołujący – nie jest możliwa optymalizacja kosztów z uwagi na wymagania Zamawiającego określone w SWZ takie jak m.in. umowa o pracę, pełny etat i brak umów cywilnoprawnych.

Optymalizacja kosztów wynagrodzenia wykonawcy możliwa jest natomiast – jak oświadczył Zamawiający i co ma wynikać z jego doświadczenia – w kosztach zastępstwa urlopowego. Niemniej jednak Zamawiający poza stwierdzeniem, że przedstawiona przez wykonawcę stawka za 1 roboczogodzinę nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, nawet przy uwzględnieniu dodatku za pracę w porze nocnej nie odniósł się do żadnych z argumentów i wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego, zwłaszcza, że jak – dowodził Odwołujący – cena 1 roboczogodziny nie pokrywa tych kosztów. Nie wiadomo więc czy konsorcjum X kalkulując cenę złożonej oferty zastosowało optymalizację kosztów a jeżeli tak czego ona dotyczyła.

Wyliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu uznać należy za takie, które mogą choć nie muszą wskazywać na możliwość zaoferowania przez konsorcjum X rażąco niskiej stawki za 1 roboczogodzinę. Nie wykazano bowiem, aby było inaczej. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji dotyczących kosztów pracowniczych i odniesienia do kalkulacji poczynionych przez Odwołującego, w tym kosztów urlopów, przestając jedynie na stwierdzeniu, że stanowią one w tego typu postępowaniach istotny element kalkulacji ceny, którym wykonawcy faktycznie rywalizują. Wykonawcy, co jest niewątpliwe, mają swobodę w kalkulacji ceny oferty, jak i stawki 1 roboczogodziny. Odwołujący dokonał kalkulacji w oparciu o własne założenia, które mogą być różne od założeń przyjętych przez konsorcjum X, co więcej różne także od założeń Zamawiającego. Nie wiadomo jednak jakie były założenia konsorcjum X. Wobec czego Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum X do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę, w tym kosztów zatrudnienia pracowników.

Odwołujący wskazał także, że na stawkę 1 roboczogodziny składają się również pozapracownicze koszty związane z realizacją zamówienia, które – w jego ocenie – przez konsorcjum X także nie zostały wyliczone prawidłowo. Dowodem na powyższe miały by być elementy ceny na jakie wskazało konsorcjum X w innym postępowaniu, jako te elementy, które musiały być niejako obligatoryjnie uwzględnione w kalkulacji ceny w tamtym postępowaniu, a które także w tej kalkulacji powinny być ujęte. Niemniej jednak w tym zakresie nie należy odnosić się do innego postępowania, nawet jeżeli prowadzone było przez tego samego zamawiającego, dotyczy ono bowiem innego stanu faktycznego i prawnego (inne argumenty i twierdzenia legły bowiem u jego podstaw, a postępowanie prowadzone było w oparciu o inną SWZ). Kwestie te należy jednak także wyjaśnić poprzez wezwanie konsorcjum X do złożenia wyjaśnień i ustalenie czy koszty pozapracownicze zostały uwzględnione w kalkulacji stawki 1 roboczogodziny, nie odnosząc ich przy

tym do tego innego postępowania (postępowania, do którego odnosi się Odwołujący) i jego obligatoryjnych elementów lecz do przedmiotowego postępowania. Wobec czego konsorcjum X powinno zostać wezwane do złożenia wyjaśnień także i w tym zakresie.

Art. 224 ust. 6

90. Wyrok z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3091/23

Izba wskazuje, że skoro stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę, obowiązująca od 1 stycznia 2024 r., była znana wykonawcom przed terminem składania ofert, który mijał w dniu 19 września 2023 r., to należało tę nową stawkę w cenie oferty uwzględnić w cenie oferty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający postawił Przystępującemu w treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny konkretne wymagania dotyczące sposobu wyceny oferty związanej z zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą od stycznia 2024 r. Wyjaśnienia Przystępującego powinny odpowiadać treści wezwania, ponieważ ich celem było usunięcie wątpliwości Zamawiającego dotyczącej ceny oferty Przystępującego w kontekście rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że sam fakt powołania się przez Przystępującego na waloryzację jego wynagrodzenia w 2024 r. był niewystarczający dla wyjaśnienia ceny oferty. Przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach, jakie koszty związane ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. poniesie jako pracodawca w celu zapewnienia realizacji zamówienia.

Zamawiający w projektowych postanowieniach umowy przewidział, że pierwsza waloryzacja zostanie dokonana nie wcześniej niż 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, chyba że z przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikać będzie krótszy termin waloryzacji, jednak sama kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy w oparciu o zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) może być zmieniona w terminie od dnia opublikowania przepisów dokonujących tych zmian do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie, waloryzacja będzie zależała od wykazania przez Wykonawcę wpływu zmian ustawodawstwa na koszt wykonania zamówienia, zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy. Przystępujący nie uwzględnił również w kalkulacji ceny oferty kosztów, związanych ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r., które ponosić będzie przed przewidzianą w wzorze umowy zmianą kwoty wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy.

Izba wskazuje, że zasadniczą funkcją klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy w związku z wystąpieniem określonych okoliczności po złożeniu ofert, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Podstawą do zmiany wynagrodzenia są okoliczności, których nie można było

przewidzieć, pomimo odpowiednio starannego przygotowania oferty. Waloryzacja wynagrodzenia nie jest instrumentem do podwyższenia zaniżonej ceny i nie może być wykorzystywana do zalegalizowania rażąco niskiej ceny. Powyższe stanowisko zostało wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1141/23, które skład orzekający w pełni aprobuje.

91. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3394/23

Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wykonawcy w sprawie złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny lub kosztu obliguje takiego wykonawcę do udzielenia wyczerpujących, konkretnych wyjaśnień zawierających odpowiedzi na wszystkie pytania wyartykułowane w treści pisma Zamawiającego. Zatem należyta staranność przedsiębiorcy uczestniczącego w przetargach publicznych wymaga, aby złożone przez niego wyjaśnienia były całościowe, rzeczowe, spójne i konkretne oraz odpowiadały postanowieniom SWZ, a tam, gdzie tego wyraźnie żądał Zamawiający, poparte także stosownymi dowodami. Gdyby okazało się, że złożone wyjaśnienia nie korespondowały z warunkami zamówienia, ich treść byłaby niedostateczna, niepełna, czy sformułowana w sposób ogólnikowy, to wówczas nie można uznać, że oferent podołał obowiązkowi wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Materializuje się wtedy obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Odrzuceniu podlega więc nie tylko oferta, co do której Zamawiający nabierze przekonania, że podana w niej cena jest rażąco zaniżona, a co może skutkować niewykonaniem lub niewłaściwym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również oferta takiego wykonawcy, który wbrew zobowiązaniu wynikającemu z wezwania Zamawiającego nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo udzielone wyjaśnienia zawierały braki, były pobieżne, sformułowane lakonicznie lub niepoparte żadnymi dowodami potwierdzającymi rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

92. Wyrok z dnia 4 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3486/23

Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględni wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. (...) Z treści przepisu

art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym: że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, gdyż brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a

93. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3239/23

W zakresie zarzutów związanych ze złożeniem przez wykonawcę X nieprawidłowego zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, że zaświadczenie wydane w dniu 24 października 2023 r. potwierdza jedynie, że Wykonawca nie posiada zaległości składowych na ten dzień, a nie potwierdza, że Wykonawca nie podlegał wykluczeniu na datę 12 października 2023 r. lub następne dni wynikające z wezwania Zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. Argumentację taką należy uznać za chybioną.

W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że za wystarczające w obecnym stanie prawnym należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, potwierdzające brak podstaw wykluczenia, co do której to okoliczności wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie. Dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje.

(...) skoro wykonawca X został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 23 października 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „do uzupełnienia aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat” to zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 2 ustawy Pzp powinien złożyć dokumenty aktualne na dzień ich złożenia, czyli potwierdzające jego bieżącą sytuację podmiotową. Wykonawca mógł posłużyć się zarówno wcześniej pozyskanymi dokumentami (o ile pozostawałyby one aktualne, czyli potwierdzały bieżącą sytuację podmiotową wykonawcy i mieściły się w okresie czasowym wymaganym rozporządzeniem), jak i dokumentami wystawionymi po dacie wezwania. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby wykonawca X złożył zaświadczenie wystawione po dniu otrzymania wezwania z dnia 23 października 2023 r., tj. zaświadczenie z dnia 24 października 2023 r. Odwołujący nie wskazał z czego wywodzi obowiązek złożenia dokumentów, które odnosiłyby się w swej treści bezpośrednio do stanu istniejącego w dacie pierwszego wezwania wystosowanego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp czy do okresu, jaki nastąpił między jednym a drugim wezwaniem (tj. między 12 a 23 października 2023 r.). Tego rodzaju obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Pzp.

Zaświadczenie z ZUS złożone przez wykonawcę X w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 października 2023 r. nie podważa okoliczności wskazanej przez ww. wykonawcę w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu wstępnym, tj. że wobec X nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania. Potwierdza ono, że również obecnie wykonawca nie posiada zaległości w uiszczeniu należności publicznoprawnych, tak jak oświadczył to składając ofertę. Przy czym zauważyć należy, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podnosił, że wykonawca X zalegał w którymkolwiek momencie z opłacaniem wymaganych należności, nie podjął próby wykazania, iż pomiędzy datą złożenia przez wykonawcę X oświadczenia wstępnego, a datą wystawienia aktualnego zaświadczenia z ZUS sytuacja podmiotowa wykonawcy mogła się zmienić. Mając to na uwadze brak jest jakichkolwiek podstaw do poddania w wątpliwość okoliczności wynikających ze złożonych w postępowaniu przez X oświadczeń i dokumentów, tj., że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b**94. Wyrok z dnia 20 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1935/23**

Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Odwołujący mianowicie nie przedłożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokumentu potwierdzającego, że na dzień otwarcia ofert (tj. 2 czerwca 2023 r.) wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 400.000,00 zł. Przedłożona polisa obejmowała okres ubezpieczenia od dnia 13 czerwca 2023 r., a więc rozpoczynała się po dacie otwarcia ofert (okoliczność, że powinna zaczynać się w tej właśnie dacie, nie była sporna, co odnotowano w protokole).

95. Wyrok z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2876/23

Ze wskazanej regulacji [§ 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415, z późn. zm. – przyp. red.) wynika, że oświadczenie własne wykonawcy składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczalne wyłącznie jeśli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. (...).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że z przyczyn od niego niezależnych nie mógł złożyć referencji w postępowaniu, z których wynikałoby należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie usług. Nie wystarczy przy tym jedynie poinformowanie Zamawiającego o przeszkodzie niezależnej od Odwołującego w uzyskaniu referencji, ale winien on wykazać Zamawiającemu podjęte starania uzyskania wymaganych dokumentów, w szczególności jak przykładowo prośbę mailową o referencje do wystawcy referencji, potwierdzenie mailowe przeprowadzonej rozmowy telefonicznej w sprawie prośby o referencje. Taki obowiązek ciążył na Odwołującym na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (...), w którym w szczególności wskazano, że zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług oraz załączenia dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

96. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3637/23

W ramach zarzutu nr 1, Odwołujący podniósł także odnośnie poz. 2 i 4 wykazu usług, że z uwagi na świadczenie wskazanych usług przez wykonawców wspólnie nie jest możliwe ustalenie, który z nich nabył przedmiotowe doświadczenie. W przypadku poz. 2 wykazu usług, umowę realizowało konsorcjum trzech wykonawców: X, Y i Z. Wynika to zarówno z treści przedłożonych referencji, jak i umowy z dnia 21 grudnia 2021 r. Z kolei usługę z poz. 4 wykazu usług realizowali wykonawcy W, Y oraz X, co znajduje potwierdzenie w treści referencji z dnia 4 października 2023 r., jak i dołączonego do odwołania oświadczenia Gminy R. Rację należy przyznać Odwołującemu, że legitymować się może doświadczeniem jedynie ten podmiot, który faktycznie realizował zamówienie. (...).

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 – a o faktach tych nie przesądza status lidera konsorcjum, fakturowanie czy nawet kontakt ze zleceniodawcą. W przypadku niniejszego Postępowania i omawianych pozycji wykazu usług nie jest jasne, który z wykonawców działających w ramach Konsorcjum realizował zamówienia, czy też realizowali je wspólnie – w tym zakresie Izba dała wiarę przedłożonym przez Odwołującemu dowodom, które były spójne z dokumentami zawartymi w aktach Postępowania. Trzeba mieć jednak na uwadze, że treścią wezwania Zamawiający dopytał o doświadczenie drugiego z wykonawców Y, jak również że wykaz usług, stanowiący załącznik do SWZ nie zawierał kolumny pozwalającej na wskazanie wykonawcy usług. Konsorcjum uzupełniło referencje oraz dodatkową usługę potwierdzającą doświadczenie drugiego z wykonawców - Y, co nie zmienia okoliczności, że X samodzielnie zrealizował trzy spośród pięciu referencyjnych usług.

Naruszenie to w myśl art. 554 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp nie miało istotnego wpływu na wynik Postępowania, ponieważ Konsorcjum spełnia warunki udziału w Postępowaniu z uwagi na poz. 1, 3 oraz 5 wykazu usług. Zadania te realizował jeden z wykonawców samodzielnie - X, zatem spełnione zostały wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zaś sam warunek dotyczył doświadczenia w realizacji trzech referencyjnych usług. W konsekwencji nawet w przypadku uznania, że dwie z tych usług nie potwierdzają samodzielnego doświadczenia, Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. W konsekwencji odwołanie nie zostało uwzględnione także w tym zakresie.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c**97. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3604/23**

Odwołujący podnosił, że otrzymał od banku opinię w formie przekazanej do Zamawiającego, a więc z nieweryfikowalnymi podpisami elektronicznymi osób działających w imieniu banku. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący poza swoimi twierdzeniami nie złożył żadnego dowodu do akt sprawy na wykazanie prawdziwości takich twierdzeń. Należy założyć, że Odwołujący nie dysponował takimi dowodami, albowiem, gdyby je posiadał, złożyłby je w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący, jak to już wyżej wykazano, żadnych dowodów w tym zakresie nie przedłożył. Po drugie, zdaniem Izby, przyjęcie założenia, że bank działając jako instytucja regulowana przesyła do swojego klienta dokument w postaci elektronicznej z „podpisami” pracowników, których nie ma możliwości zweryfikowania jest założeniem irracjonalnym i pozbawionym jakiegokolwiek uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy ma zastosowanie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Izba jednakże wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem sądowym art. 7 ust. 1 Prawa bankowego podlega interpretacji łącznie z art. 7 ust. 2 Prawa bankowego. Izba w tym zakresie przywołuje orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - V Wydział Cywilny z dnia 29 marca 2021 r. V ACa 652/20, w którym sąd wskazał m.in.: (...) Wykładnia funkcjonalna i systemowa art. 7 ust. 1 Prawa bankowego prowadzi do wniosku, iż także wygenerowany w postaci elektronicznej przez bank dokument zawierający oświadczenie woli powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub innym podpisem elektronicznym, ustalonym przez strony umownie. (...) Wprawdzie art. 7 ust. 1 stanowi jedynie o „postaci elektronicznej” dokumentu, to jednak przy jego wykładni nie sposób pominąć art. 78¹ KC, który wprowadza wymóg opatrzenia oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej. (...) Normę zawartą w art. 7 ust. 1 Prawa bankowego należy także wyklądać przez pryzmat normy z art. 7 ust. 2 Prawa bankowego, zgodnie z którym oświadczenia woli związane z czynnościami bankowymi mogą być utrwalane i przechowywane w postaci elektronicznej, o ile dokumenty te będą w sposób należyty utworzone, utrwalone, przekazane, przechowywane i zabezpieczone. Jeżeli bank sporządził dokument zawierający oświadczenie woli wygenerowany elektronicznie (w postaci elektronicznej w rozumieniu art. 7 ust. 1 Prawa bankowego), to dla swej skuteczności winien być on opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia zasadności twierdzeń Odwołującego, że bank przesłał Odwołującemu opinię w formie w jakiej złożył ją Zamawiającemu, tj. jako dokument, w którym nie ma żadnej możliwości zweryfikowania podpisów osób działających w imieniu banku. Takie oświadczenie banku jest oświadczeniem nieskutecznym i nie potwierdza faktów zwartych w opinii.

Zdaniem Izby, forma spornego dokumentu złożonego przez Odwołującego nie

jest prawidłowa, gdyż zasadą jest, że w przypadku postępowań prowadzonych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wykonawca powinien przesłać Zamawiającemu otrzymany plik XML wraz z plikiem podpisu kwalifikowanego osób uprawnionych do wystawienia informacji. Należy podkreślić, że taki dokument jest dokumentem oryginalnym i może być skutecznie składany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby przedłożenie podmiotowych środków dowodowych w sposób dokonany przez Odwołującego jest błędem formalnym, który nie może już podlegać sanowaniu wobec konsekwentnie wyrażanej w orzecznictwie Izby zasady jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wywodzonej z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający zatem prawidłowo dokonał oceny złożonego przez Odwołującego dokumentu i prawidłowo odrzucił oferty Odwołującego. Znaki graficzne na złożonej przez Odwołującego informacji z banku wskazują, że dokument został oryginalnie sporządzony w formie elektronicznej i opatrzony podpisem kwalifikowanym pracowników X (Y i Z), zaś Odwołujący nie przekazał dokumentu w takiej właśnie formie.

W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny. Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 3

98. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2369/23

Izba oceniła, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Izba wyraża przekonanie, że w stosunku do treści oferty złożonej pierwotnie przez konsorcjum wykonawców, doszło do istotnej zmiany, która na gruncie przepisów ustawy Pzp nie jest możliwa i dopuszczalna. Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, poprzez rozwiązanie konsorcjum doszło do zmiany sposobu wykonania zamówienia – podziału prac pomiędzy konsorcjantów oraz zmianie ulec musiałaby treść załącznika 5b zawierającego elementy odnoszące się do kryterium oceny ofert – potencjału, którym dysponuje dany podmiot, celem należytego wykonania zobowiązania umownego. Izba uważa podobnie jak Zamawiający, że jest to istotny element treści oferty, mianowicie zobowiązania samego Wykonawcy do sposobu, w jaki będzie dane zamówienie wykonywał. Element ten stanowi istotę treści oferty. To wykonawcy zawiązując konsorcjum i składając ofertę wspólną przedstawili sposób realizacji przedmiotu zamówienia, wskazali w których częściach które podmioty będą realizowały zamówienie na rzecz Zamawiającego. (...). Akceptacja decyzji o rozwiązaniu konsorcjum i umożliwienie zmiany podmiotowej w ofercie, prowadzić musiałaby do ponowienia wszystkich czynności wobec wykonawcy, w tym czynności wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i czynności

oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert.

Dodatkowo, w tych częściach, gdzie ustępujący członek konsorcjum był jedyną osobą wskazaną do realizacji przedmiotu zamówienia, musiałoby dojść do wezwania wykonawcy do przedstawienia nowej osoby, uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub skorzystania z potencjału podmiotów trzecich. De facto zatem Zamawiający miałby do czynienia z zupełnie nową ofertą, złożoną przez inny podmiot, który pierwotnie starał się uzyskać zamówienie. Już tylko ta okoliczność musi prowadzić do wniosku, że ocena nowej oferty, złożonej po terminie składania ofert jest niezgodna z zasadami prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Poza tym taki wykonawca znajdowałby się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu, które nie uzyskałyby szansy na „poprawienie swojej oferty”.

Bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje okoliczność, że każdy z wykonawców tworzących konsorcjum samodzielnie spełnia warunki udziału. Po pierwsze jest to subiektywna deklaracja podmiotu, który nie był weryfikowany pod takim kątem przez Zamawiającego. Po drugie, to zespół podmiotów samodzielnie zdecydował się wspólnie ubiegać o zamówienie. Tym samym takie działanie określiło charakter podmiotowy, kogo w danym postępowaniu uważać należy za wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie dokonywał weryfikacji i oceny każdego podmiotu tworzącego konsorcjum ale badał i ocenił zdolność wykonania zamówienia w stosunku do podmiotu niejako zbiorowego. (...) ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, to oni zostali ocenieni pod kątem spełniania warunków udziału i kryteriów oceny ofert. Następnie dopiero doszło do zmiany podmiotowej. Oznacza to, w ocenie Izby, że o ile Trybunał dopuszcza zmianę, jeżeli wykonawca pozostający w postępowaniu sam spełnia określone wymogi (co zostało już ocenione przez zamawiającego), to już dalszy udział takiego podmiotu nie może wiązać się z pogorszeniem sytuacji innych podmiotów. Izba w składzie wydającym niniejsze orzeczenie wyraża opinię, że sytuacja innych podmiotów ubiegających się

o przedmiotowe zamówienie ulegałaby zmianie na ich niekorzyść i wiązała się z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca, w ofercie którego doszło do zmiany podmiotowej otrzymałby bowiem dodatkową szansę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, przedstawienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych i wskazanie dodatkowych osób do realizacji zamówienia w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert. Tym samym naruszony zostałby jeden z warunków, w przypadku zaistnienia których TSUE dopuszcza zmianę podmiotową oferty.

99. Wyrok z dnia 5 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3391/23

W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy usta-

wy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane na jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów ustawodawca przewidział w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co potwierdza, iż użyte w art. 226 ust. 1 pkt 3 pojęcie „ustawy” dotyczy wyłącznie ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2535/18). Konsekwencją powyższego jest fakt, że naruszenie odrębnych przepisów nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 5

100. Wyrok z dnia 3 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2115/23

Zgodnie z przywołanym postanowieniem SWZ, Zamawiający wymagał złożenia kalkulacji, uwzględniającej wszelkie koszty i wydatki niezbędne do należytego wykonania umowy, w szczególności koszty wynagrodzeń pracowników. Izba zaznacza, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom zakresu wymaganych informacji, zakresu szczegółowości kalkulacji, nie określił również ich minimalnego zakresu. Z postanowień SWZ wynika wyłącznie, że Zamawiający wymagał kalkulacji sporządzonej przez wykonawcę, w której wykonawca miał uwzględnić wszystkie koszty i wydatki niezbędne do wykonania umowy (a więc wliczyć je w koszty realizacji zamówienia), natomiast sposób prezentacji kosztów realizacji zamówienia w tej kalkulacji należał do wykonawcy. Zatem to wykonawcy decydowali czy koszty realizacji zamówienia przedstawią w kalkulacji poprzez przykładowo ich agregację w kosztach roboczogodziny czy na przykład w podziale na główne grupy kosztów lub w jakikolwiek inny sposób. W analizowanym stanie faktycznym, okolicznością bezsporną jest to, że wykonawca x złożył wymaganą kalkulację. Zatem w tym zakresie, nie można stwierdzić żadnej niezgodności z warunkami zamówienia. Ponadto, zdaniem Izby, nie można przyjąć, iż przedstawiona kalkulacja jest niezgodna z postanowieniami SWZ, bowiem, jak Izba wskazała, powyżej, Zamawiający nie określił formy, wzoru, zakresu wymaganych informacji czy sposobu prezentacji kosztów realizacji zamówienia w kalkulacji.

101. Wyrok z dnia 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2109/23

Tym samym, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której wystąpił brak zgodności treści oferty dodatkowej z warunkami zamówienia. Wbrew bowiem stanowisku zaprezentowanemu przez odwołującego, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp warunki zamówienia to wszystkie kluczowe informacje, zawarte w przekazanych wykonawcy dokumentach zamówienia. Są to nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne

wymagania proceduralne odnoszące się do przebiegu postępowania, lecz także określające przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy. Definicję tę należy zatem rozumieć szeroko, jako całość wymagań i oczekiwań kierowanych do wykonawcy, odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia publicznego i zamieszczonych w SWZ, która to zawiera całość wymagań określonych przez zamawiającego. A zatem pojęcie „warunków zamówienia” obejmuje wymagania dotyczące procedury, sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia (realizacji zamówienia), wymagania związane z kwalifikacją do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także istotne postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

102. Wyrok z dnia 11 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2210/23

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (...) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. (...) Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. (...) przepisy ustawy pzp przewidują wprost odrębne instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp. Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wte-

dy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

103. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2591/23

Zdaniem Izby z okoliczności sprawy wynika, że odpowiedź Zamawiającego udzielona na w/w pytanie rodziła wątpliwości interpretacyjne wśród wykonawców co do sposobu wypełnienia kosztorysu. W takiej sytuacji, nie ma podstaw, aby narzucić interpretację przyjętą przez Odwołującego innym wykonawcom. W sytuacji, w której możliwe są dwie odmienne, niedające się pogodzić ze sobą sposoby rozumienia oświadczenia Zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert należy przyjąć rozumienie korzystające dla wykonawcy. Nie może on bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznych czynności Zamawiającego.

104. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3310/23

Odwołujący formułując zarzut niezgodności treści oferty z swz odnosił się do obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, żądania wskazania w ofercie instalacji, do której będą kierowane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Realizacja tego obowiązku na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga wskazania wykonawcom w dokumentacji postępowania na obowiązek podania informacji w ofercie. W sytuacji braku takiego zapisu, ocena oferty może czynić niezbędnym zweryfikowanie w drodze wyjaśnienia treści oferty co do sposobu spełnienia świadczenia na podstawie art. 128 Ustawy. W takiej sytuacji nie można uprzedzająco, tj. bez umożliwienia wykonawcy wykazania instalacji, do których będą przekazywane odpady, stwierdzić, iż oferta pozostaje sprzeczna z warunkami zamówienia. Skoro nie było koniecznym wskazanie instalacji w formularzu ofertowym lub załączenie wykazu instalacji do oferty, sama treść oferty nie mogła wskazywać na sprzeczność z warunkami zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie było możliwe, opierając się wyłącznie na braku podania informacji w ofercie wykazanie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. To zamawiający określając wymaganą treść oferty wyznacza zakres weryfikacji merytorycznej w tym znaczeniu, iż oświadczenia wykonawcy stanowiące odpowiedź na oczekiwanie zamawiającego wyrażone w swz, będą kształtowały w sposób ostateczny zakres świadczenia w obszarze dla zamawiającego istotnym na moment oceny ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zdecydował o wprowadzeniu kryterium pozacenowego, które miałoby odniesienie do lokalizacji instalacji i odległości, co mogłoby mieć znaczenia z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd informacja prezentowana w wykazie, na którym znajdować mogła się nieograniczona ilość instalacji w różnych lokalizacjach na terenie różnych województw, ostatecznie nie miała wpływu na ocenę oferty. Brak konieczności wskazania konkretnej instalacji w for-

mularzu ofertowym również miał ten skutek, iż nie było koniecznym sprawdzanie już na etapie oceny ofert, czy dana instalacja ma moce przerobowe, może przyjmować wszystkie odpady, a jeżeli nie to jakie. To Zamawiający ustalając wymaganą treść oferty doprowadził do tego, iż inne informacje mogące mieć znaczenie dla ustalenia sposobu spełnienia świadczenia, nie musiały być od razu wskazane w ofercie. Nie jest to sytuacja nadzwyczajna, również dla tej branży, że zamawiający opiera wybór oferty wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustaw szczególnych, bez konieczności precyzowania szeregu informacji w tym obszarze.

Zupełnie odmienną jest ta sytuacja od stanu, w którym informacja o lokalizacji instalacji stanowi element oceny w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza konieczność wskazania instalacji już na etapie złożenia oferty, jako istotnej treści zobowiązania wykonawcy, decydującej o wyborze oferty najkorzystniejszej. Należy zatem rozróżnić wymóg wskazania konkretnej instalacji w ofercie od wymogu załączenia wykazu instalacji, na którym znajduje się szereg instalacji (...).

105. Wyrok z dnia 22 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3303/23

(...) przypomnieć należy, że nawet jeżeli dane postanowienie SWZ (w tym przypadku opisu przedmiotu zamówienia) mogłoby zostać sformułowane bardziej dobitnie, w jeszcze lepszy sposób oddając intencje zamawiającego (co nie miało miejsca w tej sprawie), nie zwalnia to wykonawcy z podjęcia starań, aby – kierując się choćby regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z Kodeksu cywilnego – odczytać wolę zamawiającego na podstawie wszechstronnego rozważenia okoliczności, przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w razie niemożności usunięcia powziętych wątpliwości, wykonawca nie tylko może, ale i powinien skorzystać na etapie przed upływem terminu składania wniosków lub ofert z możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści sformułowanych przez niego postanowień. Wykonawca, który nie próbował rozwiązać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane – co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy – i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę. W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie

to zamawiający określa w specyfikacji 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 nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

(...) przepisy ustawy pzp przewidują wprost instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zda. 2 pzp. Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. (...) w tej sprawie treść oferty Odwołującego była jasna, a przede wszystkim wynika z niej niezgodność przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego.

106. Wyrok z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3434/23

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i realizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie

nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia. (...) Należy również podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z warunkami zamówienia pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwnie działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane. (vide wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1293/21).

107. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności dokonać analizy wymagań Zamawiającego w zakresie wyceny poszczególnych elementów oferty zawartych w załączniku nr 1 do SWZ. Zauważenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego znaczenie powyższego załącznika zostało określone jednoznacznie w treści SWZ w Rozdziale XII. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERTY: „3. Oferta powinna być: 1) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim, według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ; (...)” Zamawiający postawił więc wymaganie względem wykonawców, aby oferta została sporządzona według wzoru – załącznika nr 1 do SWZ. Oznacza to, że wykonawcy byli zobowiązani nie tylko przygotować ofertę na wzorze formularza oferty, ale według tego wzoru co oznacza, że oferta powinna obejmować wszystkie elementy wyszczególnione w załączniku nr 1 do SWZ. (...) W ocenie Izby Zamawiający jednoznacznie sprecyzował swoje oczekiwania co do treści oferty, którą niewątpliwie stanowiły ceny za poszczególne pozycje (zakresy prac). Tabela zamieszczona w formularzu ofertowym, mając na względzie sformułowanie: „na cenę brutto składają się” miała również zdaniem Izby znaczenie dla potwierdzenia jakie elementy objęte zostały zobowiązaniem wykonawcy w ofercie za określoną cenę brutto. Wszystkie te okoliczności zaprzeczają twierdzeniom Zamawiającego, że Tabela zamieszczona w formularzu ofertowym miała jedynie charakter informacyjny, pomocniczy. Jeśli zamiarem Zamawiającego było nadanie Tabeli w formularzu ofertowym znaczenia wyłącznie pomocniczego, a tym samym nie stanowiącego istotnego elementu treści oferty, a wręcz pomijalnego to Zamawiający powinien dać temu wyraz w postanowieniach SWZ. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem poszczególnych wymagań stawianych w SWZ. Zamawiający nie może zatem po otwarciu ofert bagatelizować oczekiwań względem treści oferty. Takie działanie stanowi bowiem naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, a przede wszystkim zasady równości i uczciwej konkurencji. Zamawiający ponosi odpowiedzialność za ostateczny kształt specyfikacji i załączników do niej, a także stawianych wykonawcom wymagań. (...)

W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający określił wynagrodzenie w postępowaniu jako ryczałtowane jest irrelevantna dla ustalenia jakie informacje wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym, a które stanowiły treść oferty. Skoro Zamawiający żądał podania cen za dany zakres prac w TABELI formularza oferty pomimo określenia ceny ryczałtowej to znaczy, że celem Zamawiającego było poznanie tych cen, które składają się na ryczałtową cenę brutto. (...)

Niezgodność treści oferty Przystępującego z wymaganiami Zamawiającego ma w ocenie Izby charakter nieusuwalny, zasadniczy i wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest to niezgodność niewątpliwa. Zawartość merytoryczna złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, bowiem Przystępujący nie wycenił prac projektowych i nie objął tego zakresu zamówienia zobowiązaniem określonym ofertą. Nie można zgodzić się z Przystępującym i Zamawiającym, że wystarczające było

ogólne oświadczenie w formularzu ofertowym o wykonaniu całości przedmiotu zamówienia za cenę brutto wskazaną w ofercie, skoro Zamawiający żądał doprecyzowania tego zobowiązania poprzez wypełnienie przygotowanej we wzorze TABELI. Przyjęcie takiego stanowiska za prawidłowe niweczyłoby sens wymagania w postępowaniach określenia przykładowo parametrów oferowanych urządzeń, gdzie podanie parametrów niezgodnych z oczekiwaniami zamawiającego bądź niepodanie ich w ogóle nie rodziłoby żadnych negatywnych konsekwencji. W ocenie Izby jest to argumentacja sprzeczna z zasadami udzielania zamówień publicznych. Jeśli Zamawiający żąda złożenia oświadczenia woli poprzez doprecyzowanie zobowiązania objętego ofertą to następnie jest zobligowany zbadać, czy tak złożone oświadczenie woli odpowiada jego wymaganiom ukształtowanym postanowieniami dokumentów zamówienia.

108. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3610/23

Zamawiający w pkt 3.5.1 SWZ oczekiwał podania warunków gwarancji i serwisu zgodnie z określonymi wymaganiami w specyfikacji. Był to wymagany przez zamawiającego element przedmiotowego środka dowodowego. (...) Rolą przedmiotowego środka dowodowego jest potwierdzanie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub w kryteriach oceny ofert lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Przedmiotowy środek dowodowy ma zatem potwierdzać ogólne deklaracje ofertowe zawarte w formularzu ofertowym w pkt. 6 tiret 1 i 2 o zapoznaniu się z warunkami zamówienia i umową i przyjęciu ich bez zastrzeżeń. Tym samym oświadczenia z formularza mają być udowodnione przedmiotowym środkiem dowodowymi, a nie go zastępować, jak chciałby odwołującego. Odwołujący zdecydował się w tym postępowaniu złożyć wzór gwarancji, którego mimo, że sam jest producentem nie dostosował do wymagań zamawiającego i w dokumencie tym:

- w zakresie wymiany części wadliwej, podzespoły eksploatacyjnego i zamiennego dokonuje odbiorca (czyli zamawiający), co pozostaje w sprzeczności z pkt. 6.2 SWZ część B,
- przewiduje dłuższy niż przewidziany w pkt. 6.6 SWZ część B termin usunięcia wad i nieokreślony termin przedłużenia usunięcia wad,
- nie przewiduje przeglądów co 12 miesięcy wbrew pkt. 6.11 SWZ cz. B

Oznacza to, że przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdził zgodności oświadczeń odwołującego w ofercie z wymaganiami zamawiającego. Co stanowiło wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Sam odwołujący decydując się na przedstawienie wzoru gwarancji zawierającej inne wymogi niż określone w SWZ związane z realizacją zamówienia doprowadził do słusznego ustalenia przez zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Izba podziela również stanowisko zamawiającego, co do tego, że treść oferty musi odpowiadać warunkom zamówienia, a treść umowy być zgodna ze złożoną ofertą. Potencjalne zmiany umowy także w zakresie przedmiotowym powinny być przez zamawiającego opisane w dokumentach zamówienia, w przeciwnym wypadku nie mogą być uznane za skuteczne, co oznacza, że o ile zamawiający nie przewidział możliwości zmiany umowy na dostawę urządzenia o nowszych rozwiązaniach technicznych dostępnych w dacie wykonania dostawy, to wykonawca nie może samodzielnie zmienić przedmiotu swojej oferty i zaferować inne rozwiązanie niż było zawarte w ofercie. Tym samym zarzut zasługuje na oddalenie.

109. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3692/23

Ponadto na uznanie nie zasługiwała podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w SWZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia żadnych dokumentów producenta (w tym katalogów, broszur czy innych tego typu dokumentów) lub wskazania stron internetowych, na jakich producent może zamieszczać informacje dotyczące parametrów oferowanych urządzeń. Argumentacja ta nie ma żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego, który może w każdym czasie do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej badać złożone oferty, w tym weryfikować je pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, a przy tym informacje wskazujące na niezgodność oferowanego przedmiotu z postanowieniami SWZ Zamawiający może uzyskać samodzielnie lub wejść w ich posiadanie dzięki aktywności innych wykonawców.

Art. 226 ust. 1 pkt 7

110. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2097/23

Izba co do zasady zgadza się z Zamawiającym, że chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskała ona jak najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawców biorących udział w przetargach. Jednakże zaferowanie terminu, który jest niemożliwy lub nieprawdopodobny do realizacji, czyli manipulowanie danymi mającymi przełożenie na kryterium oceny ofert w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium oceny ofert wypacza sens tych kryteriów i w ocenie Izby stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

111. Wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3102/23

Sam brak ustanowienia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie uniemożliwia odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zachowanie danego wykonawcy spełnia przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy

przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia. Izba zgadza się z Odwołującym, że oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który celowo oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej – narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

112. Wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3537/23

Zdaniem Izby wskazanie w treści formularza zawyżonej, niezgodnej z rzeczywistością wartości dodatkowo punktowanego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert parametru totalnej filtracji jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza ono zarówno interes innych przedsiębiorców, którzy są pozbawieni szans na uzyskanie zamówienia publicznego, oraz interes samego Zamawiającego, który zostałby narażony na zakup produktu niespełniającego jego oczekiwań, a tym samym takie zachowanie wykonawcy należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

113. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3569/23

Po pierwsze, jak Izba wskazała powyżej, stwierdzenie wystąpienia zмовы przetargowej pomiędzy wykonawcami wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że mamy do czynienia z porozumieniem pomiędzy wykonawcami. Innymi słowy, Zamawiający uznając, że wykonawcy zawarli pomiędzy sobą niedozwolone porozumienie jest zobowiązany do wykazania, że przedsiębiorcom będącym stroną takiego porozumienia można przypisać minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej, bądź mieszanej, często mającej charakter nieformalny. Zdaniem Izby Zamawiający nie poczynił żadnych ustaleń faktycznych co do bieżącej współpracy pomiędzy wykonawcami, której celem miałyby być zawarcie porozumienia w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Co prawda Zamawiający wskazał, że wykonawcy współpracowali pomiędzy sobą w realizacji poprzednich zamówień, ale z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika w jakim okresie czasu taka współpraca występowała i czy jest ona nadal kontynuowana. Jak wyjaśnił Odwołujący współpracy pomiędzy wykonawcami rzeczywiście miała miejsce w przeszłości, ale ustała w 2021 r. Odwołujący wyjaśnił również, że konieczność współpracy wynikała z braku posiadania przez Odwołującego niezbędnego zaplecza technicznego do samodzielnego wykonywania zamówień. Odwołujący wskazał, że od 2021 r. ubiega się samodzielnie o zamówienia i nie utrzymuje żadnych kontaktów gospodarczych z tymi wykonawcami.

Izba wskazuje, że Zamawiający również nie ustalił czy wykonawcy utrzymują ze sobą jakiegokolwiek inne kontakty handlowe, rodzinne czy powiązania kapitałowe. Nie ustalił czy Odwołujący uczestniczył jako podwykonawca w realizacji jakiegokolwiek innych zleceń handlowych realizowanych przez wykonawcę X czy Y. Zamawiający nie zapytał żadnego z wykonawców o takie powiązania. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym, że brak uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę X i Y jest okolicznością, która zasadnie wzbudziła podejrzenie Zamawiającego co do możliwości wystąpienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, to niemniej jednak uznanie, że Odwołujący działał w porozumieniu z wykonawcą X oraz Y w celu zaburzenia konkurencji na podstawie takiej okoliczności było, zdaniem Izby, nieprawidłowe. Izba podkreśla, że ocena zachowań wykonawców musi odbywać się z uwzględnieniem całości okoliczności danej sprawy. Dowody poszlakowe, na które powołał się Zamawiający, muszą stanowić zbiór faktów, z którego łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zdaniem Izby, z taką sytuacją nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym. Zachowanie wykonawców X i Y można racjonalnie uzasadnić również tym, że dążyli oni do uzyskania całości zamówienia tj. zamówienia we wszystkich częściach zamówienia, bowiem złożyli oni oferty na wszystkie części zamówienia i kalkulowania koszty (zysk) z jego realizacji przy założeniu, że uzyskają całość zamówienia do realizacji bądź też istotną jego część. W sytuacji, gdy oferty tych wykonawców nie były ofertami najkorzystniejszymi w czterech częściach zamówienia, można również racjonalnie przyjąć, że realizacja wyłącznie części II zamówienia nie była dla nich ekonomicznie opłacalna, co skutkowało podjęciem decyzji o braku złożenia podmiotowych środków dowodowych i utracie wadium. Zamawiający nie zbadał tych okoliczności i przesłanek jakimi kierowali się wykonawcy nie składając wymaganych dokumentów. Zatem w okolicznościach omawianej sprawy nie można przyjąć, iż fakty na jakie powołał się Zamawiający prowadzą tylko do jednego wniosku tj. zмовy. Zachowanie wykonawcy X i Y można również racjonalnie uzasadnić potencjalnym zakresem zamówienia jaki uzyskaliby w ramach postępowania i opłacalnością realizacji wyłącznie jednej części zamówienia.

114. Wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3641/23

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Przystępujący złożył w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w związku z tym, czy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Przystępującego. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego, że KIO nie jest organem odpowiednim do rozpoznania zarzutów zawartych w odwołaniu, że ewentualnym stwierdzeniem do rozpoznania czynu nieuczciwej konkurencji jest m.in. UOKiK. Mate-

ria stanowiąca przedmiot odwołania zgodnie z ustawą Pzp należy do kompetencji KIO. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający dokonując oceny oferty zobowiązany jest do zweryfikowania, czy jej złożenie nie nastąpiło w warunkach nieuczciwej konkurencji. (...) W ocenie Izby ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że skład konsorcjum Przystępującego został ustalony w taki sposób, aby wykonawca ten mógł skorzystać ze zwolnienia podmiotowego z VAT, a co za tym idzie, aby możliwe było zaoferowanie ceny korzystniejszej od pozostałych wykonawców, którzy zastosowali stawkę VAT 23%. Jak wynika z dokumentacji postępowania cena zaoferowana przez Przystępującego nie byłaby najkorzystniejsza, gdyby doliczono do niej podatek VAT według wymaganej przez Zamawiającego stawki. Co więcej w takiej sytuacji kwota zaoferowana przez Przystępującego przekraczałaby budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację przedmiotowego zamówienia. Izba zgadza się z Przystępującym, że nie każdy konsorcjant musi być zwolniony z VAT, podobnie Izba nie kwestionuje możliwości skorzystania przez przedsiębiorców ze zwolnienia przewidzianego w art. 113 ustawy o VAT. Jednak sposób działania Przystępującego wyraźnie wskazuje na to, że skład konsorcjum nie był przypadkowy. Dwóch z członków to nowozarejestrowane spółki, które spełniają wymagania przewidziane w art. 113 ustawy o VAT, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu spełniał samodzielnie członek konsorcjum X będący czynnym podatnikiem VAT. Izba zgadza się, że konsorcjum jest formułą współdziałania kilku wykonawców celem łączenia potencjałów i zwiększenia efektywności w realizacji zamówienia. Jednak w przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby nie ma mowy o łączeniu potencjałów i zwiększeniu efektywności realizacji zamówienia. Obecność dwóch wykonawców gwarantuje możliwość skorzystania ze zwolnienia z VAT odnośnie całości zamówienia. Ich rola w realizacji zamówienia jest niewielka, co ciekawe właśnie tym podmiotom powierzono dokonywanie rozliczeń z umowy zawartej z Zamawiającym. (...) Należy jednak zwrócić uwagę na to, że spółki jawne są to przedsiębiorcy, którzy z założenia działają w celu osiągnięcia zysku, a ten zysk w przypadku zaoferowanej ceny jest większy, jeżeli porównujemy ceny brutto z ceną netto. Marża w przypadku wykonawcy oferującego cenę netto jest znacznie większa, aniżeli w przypadku wykonawców konkurujących ceną brutto. W ocenie Izby działanie Przystępującego utrudniło innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Niezrozumiałym wydaje się argument podniesiony przez Przystępującego, że inni wykonawcy również mogą utworzyć spółki, które będą korzystały ze zwolnienia z VAT. Nie na tym bowiem polega uczciwa konkurencja, aby tworzyć spółki wyłącznie w celu uzyskania możliwości konkurowania z innym podmiotem. Takie działanie stanowiłoby wypaczenie uczciwej konkurencji. Takie działanie godzi zdaniem Izby w dobre obyczaje.

Art. 226 ust. 1 pkt 8**115. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2965/23**

Niezasadnym, niedopuszczalnym z punktu widzenia postanowień SWZ jest przyjmowanie przez wykonawcę, że nie musi on kalkulować kosztów pracy ludzi na tym kontrakcie, bowiem zatrudnia ich w ramach innych zamówień. Obowiązkiem wykonawcy jest przyjąć realne koszty jakie ponosi w ramach danego konkretnego zamówienia. Niedopuszczalne jest finansowanie jednej umowy (zamówienia) przez inne zamówienie – jest to realne i jednoznaczne, że w ramach danej umowy nie zostały skalkulowane koszty jakie wykonawca winien ująć.

116. Wyrok z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3005/23

Po pierwsze, ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie ma w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogą się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy”.

117. Wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3594/23

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione. Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu prze-

pisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą (...).

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

(...)rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. (...) nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie.

118. Wyrok z dnia 20 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3640/23

Zdaniem Izby, ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny musi odbywać się w kontekście skierowanego wezwania. Jeśli Zamawiający nie precyzuje jakich aspektów mają dotyczyć wyjaśnienia to uznać należy, że Wykonawca może złożyć wyjaśnienia w takim stopniu szczegółowości jaki uważa za wystarczający dla wykazania realności ceny. (...) Twierdzenia Odwołującego przedstawiały jak w jego ocenie szczegółowe powinny zostać złożone wyjaśnienia, w tym odnoszące się do każdego, nawet najmniejszego elementu prac czy składnika cenowego. Zdaniem Izby taka argumentacja jest chybiona, gdyż to zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy wyznacza jednocześnie zakres żądanych wyjaśnień. Jeśli wezwanie ma charakter ogólny, to zadaniem wykonawcy jest wykazanie realności ceny

w taki sposób, który nie rodzi wątpliwości co do wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie i zdaniem Izby takie wyjaśnienia zostały złożone.

119. Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3676/23

(...) w świetle przepisów a także orzecznictwa niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ustawy Pzp. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wezwał prawidłowo przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny wraz z dowodami. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało ocenić jako chybione.

120. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3708/23

Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający (a w postępowaniu odwoławczym Krajowa Izba Odwoławcza) był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez Uczestnika postępowania nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Uczestnik postępowania nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację oraz czynniki sprzyjające. Podkreślić należy, jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, nieopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Przede wszystkim należy podkreślić, że Zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 na podstawie treści wyjaśnień, nie zaś na podstawie wiedzy własnej. Sam fakt, że wykonawca realizował/realizuje podobną usługę na rzecz Zamawiającego jest niewystarczające do bezrefleksyjnego przyjęcia wyjaśnień tegoż wykonawcy.

121. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3716/23

Ponadto, należało też wziąć pod uwagę, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, które wykonawcy mieli wyliczyć na podstawie przygotowanego przez zamawiającego i, załączonego do SWZ - PFU.

Jest to o tyle istotne, że chociaż możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe), to jednak nie ulega wątpliwości, że już sam sposób kalkulacji ceny w takim przypadku tj. w sytuacji kiedy zamawiający nie przygotował szczegółowych kosztorysów, a jedynie wskazał kluczowe elementy robót - pozostawia pewną dowolność wykonawcom. Tym samym możliwe jest, że będą występowały różnice w wycenie określonych elementów prac, przygotowane przez poszczególnych wykonawców, a dotyczące poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Tak też w rozpoznawanej sprawie, biorąc pod uwagę poszczególne zakresy robót, zarówno Konsorcjum, jak i odwołujący wycenili je na różnym poziomie. Różnice w kalkulacji w poszczególnych zakresach (co należy podkreślić także odwołujący za niektóre grupy prac zaproponował ceny niższe niż Konsorcjum), nie przesądzają jeszcze, że za któryś z nich zaoferowano cenę rażąco niską. Zatem należy stwierdzić, że dla oceny poziomu zadeklarowanej ceny w przyjętej przez zamawiającego formule „zaprojektuj i wybuduj” istotne, choć nie przesądzające znaczenie, będzie miała podana w Formularzu oferty całkowita cena ryczałtowa, a ta z kolei jest bardzo zbliżona.

(...) Należy podkreślić, że przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Tym samym to wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Możliwe jest więc przedstawienie każdego dowodu, który będzie adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowił będzie potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

122. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3753/23

Ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna zawierać w szczególności wyjaśnienia wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego, powinna być rzeczowa, spójna, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie,

z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, w tym opis przedmiotu zamówienia. Izba bierze pod uwagę w szczególności przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi, a także treść zarzutów odwołania i sposób ich wykazania. Jakkolwiek bowiem w przypadku powstania domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykazanie, że cena oferty nie ma takiego charakteru i pozwala na należyte wykonanie zamówienia obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, to jednak wykonawca wnoszący odwołanie nie jest zwolniony z wykazania zasadności podnoszonych zarzutów.

123. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3783/23

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca 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, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu 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 charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione opusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, 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.

Kolejną kwestią, która wymaga wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, jest podniesiona przez Przystępującego kwestia ogólnego wezwania Przystępującego do

złożenia wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 27.11.2023 r. wskazując okoliczności, których wyjaśnienia oczekiwał, rzeczywiście ograniczył się do przytoczenia treści art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 ustawy Pzp.

Niemniej jednak, po pierwsze, ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie ma w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogą się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki został wskazany w wezwaniu i jaki dodatkowo sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy”.

124. Wyrok z dnia 10 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3817/23

Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej (...)jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. (...)

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej

szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie 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. (...) ponowienie wezwania nie może stanowić próby 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, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

125. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż o rażąco niskiej cenie oferty czy o niekompletności wyjaśnień nie świadczy to, że we wstępnej części wyjaśnień zawarto odniesienie do cen ofert składanych przez Przystępującego w innych postępowaniach powadzonych przez Zamawiającego czy do doświadczenia Przystępującego. Odwołujący w swoim wywodzie pominął okoliczność, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, poza wstępną częścią, zawierały ponad 20 stron opisujących szczegółowo założenia przyjęte podczas kalkulacji ceny ofert, w tym poziom zaangażowania personelu, jak i sposób kalkulacji poszczególnych kategorii kosztów. Do wyjaśnień załączono także szereg dowodów potwierdzających wysokość cen przyjętych w kalkulacji. Odwołujący miał dostęp do pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wraz z dowodami, dokumenty te zostały bowiem przez Zamawiającego odtajnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia i przekazane Odwołującemu. Pomimo tego Odwołujący nie podniósł żadnych argumentów, które podważałyby szczegółowość i kompletność tych wyjaśnień. W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego były szczegółowe i rzeczowe, a uzupełnienie tych wyjaśnień informacjami dotyczącymi doświadczenia Przystępującego w realizacji prac na rzecz Zamawiającego czy danymi dotyczącymi wysokości cen ofert wybranych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego dodatkowo potwierdzało ich jakość i uwiarygadniało przyjęte założenia kalkulacyjne.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu okoliczności, iż Przystępujący zamierza powierzyć większość prac podwykonawcom, Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł w dokumentach zamówienia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych zadań. W konsekwencji założenie zlecenia znacznej części usług podwykonawcom było możliwe. Izba stwierdziła, iż Przystępujący w wyjaśnieniach w sposób szczegółowy określił,

jaki zakres prac zostanie zlecony podwykonawcom (por. Tabela 5 wyjaśnień), jaki personel zostanie zapewniony przez podwykonawców (por. Tabela 6 wyjaśnień), jaki przyjęto koszt wynagrodzenia poszczególnych podwykonawców (por. Tabela 7 wyjaśnień), a także jakie przyjęto zaangażowanie personelu podwykonawców ze wskazaniem konkretnej szacowanej liczby roboczogodzin, stawki za roboczogodzinę i szacowanego wynagrodzenia netto (por. Tabela 11 wyjaśnień). Do wyjaśnień załączono ponadto oferty wskazanych w treści wyjaśnień podwykonawców, które to oferty – wbrew stanowisku Odwołującego – nie były blankietowe czy ogólne. Zawierały one opisy zakresu podwykonawstwa (z odwołaniem się do poszczególnych punktów OPZ), jak i zestawienia zaangażowania personelu podwykonawców uwzględniające dane przeniesione przez Przystępującego do Tabeli 11. W tym stanie rzeczy twierdzenie Odwołującego, iż nie złożono szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyceny usług, które Przystępujący zamierza zlecić podwykonawcom, jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W ocenie Izby kompleksowa lektura treści wyjaśnień oraz załączonych do nich ofert podwykonawców pozwala na weryfikację prawidłowości przyjętych przez Przystępującego założeń. Izba zwróciła ponadto uwagę, iż Odwołujący powołując się na ogólność informacji zawartych w ofertach podwykonawców, nawet nie wskazał, jakich konkretnie informacji jego zdaniem w tych ofertach brakuje.

Art. 226 ust. 1 pkt 10

126. Wyrok z dnia 24 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2307/23, 2308/23, 2310/23, 2311/23

W ocenie Izby, fakt, że oferta Konsorcjum X jest ofertą najkorzystniejszą, pomimo zastosowania przez wykonawcę stawki podstawowej 23% nie może oznaczać zwolnienia wykonawcy z obowiązku prawidłowego zastosowania przepisów podatkowych. Chociaż przepisy podatkowe nie wiążą negatywnych konsekwencji dla podmiotu, który pomimo możliwości zastosowania stawki preferencyjnej stosuje stawkę podstawową, to jednak nadal mamy do czynienia z nieprawidłowym zastosowaniem przepisów podatkowych. W ocenie Izby, nie można przyjąć, że nieprawidłowe stosowanie przepisów podatkowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalne. Zasada proporcjonalności obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje, aby podejmowane środki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów. Środki zastosowane do realizacji danego celu muszą być najwłaściwsze oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. Zasada proporcjonalności jest ściśle powiązana z inną kluczową zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że żadna z tych zasad nie ma prymatu nad inną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że Konsorcjum X wadliwie zastosowało stawkę podstawową podatku VAT do wyceny świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni w wysokości 23%. Konsekwencją niedochowania wymaganej staranności i złożenia oferty zawierającej wycenę świadczenia z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT jest ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty, opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako błąd w obliczeniu ceny. Stawka VAT jest bowiem elementem cenotwórczym, zatem posłużenie się przez wykonawcę nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny stanowi o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny. Biorąc również pod uwagę okoliczność, iż stwierdzony w ofercie Konsorcjum X błąd w obliczeniu ceny nie może zostać uznany za omyłkę, gdyż Zamawiający nie wskazał w SWZ określonej stawki VAT, a Konsorcjum X w wyjaśnieniach potwierdziło, że zastosowanie stawki 23% było wynikiem jego przemyślanej decyzji, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie może podlegać poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oferta złożona przez Konsorcjum X podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

127. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2442/23

Odwołujący stał na stanowisku, iż w zakresie części nr 2 zamówienia Przystępujący w sposób nieprawidłowy zastosował dwie różne stawki podatku VAT dla usług objętych przedmiotem zamówienia, tj. 8% dla usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz 23% dla usług projektowych. Zdaniem Odwołującego wskazane w dokumentacji postępowania dla części nr 2 usługi projektowe oraz prace związane z usługami ogrodniczymi są tak ściśle ze sobą związane, że tworzą usługę kompleksową stanowiącą zagospodarowanie terenów zieleni, dla której właściwa jest 8% stawka podatku VAT. Istotą zawisłego przed Izbą sporu było zatem rozstrzygnięcie, czy usługi projektowe (konceptyjne) związane z rozmieszczeniem roślin stanowiły cel sam w sobie, czy też były środkiem do pełnego zrealizowania usługi zasadniczej, a w konsekwencji, czy objęte przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 usługi stanowią usługę kompleksową mieszczącą się w klasie PKWiU 81.30 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”, dla których właściwa jest obniżona stawka podatku VAT. (...)

Następnie wskazać należy, iż co do zasady, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedno świadczenie obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka czynności, świadczenie to nie powinno być sztucznie dzielone dla celów podatkowych. Jak wynika z wiążących informacji stawkowych wydawanych przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej oraz interpretacji indywidualnych, aby móc wskazać, że dane świadczenie jest świadczeniem złożonym (kompleksowym), powinno składać się ono z różnych czynności, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na świadczenie kompleksowe składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego

celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne czynności pomocnicze. Natomiast czynność należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania świadczenia zasadniczego. Pojedyncza czynność traktowana jest zatem jak element świadczenia kompleksowego wówczas, jeżeli cel świadczenia czynności pomocniczej jest zdeterminowany przez czynność główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać czynności głównej bez czynności pomocniczej. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia, świadczenie nie powinno być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będzie jedno świadczenie kompleksowe, obejmujące kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład wykonywanego świadczenia 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 świadczenia złożonego kompleksowego.

Ze stanowisk organów podatkowych wynika również, że jednym z decydujących czynników uznania usługi za „świadczenie kompleksowe” jest to, czy przeciętny konsument (tj. przeciętny świadczeniobiorca) postrzega otrzymane świadczenie jako wiele niezależnych świadczeń, czy też jedno pojedyncze świadczenie. Kluczowym kryterium w tym przypadku jest powszechny odbiór, a więc to, co rozumie pod tym ogół ludności. Cechą charakterystyczną jednego świadczenia złożonego jest nierozzerwalność jego poszczególnych elementów. Również w sytuacji, gdy świadczeniobiorca nie może otrzymać jednego elementu świadczenia bez innego, przemawia to za jednym świadczeniem złożonym. Ponadto wskazówką świadcząca o istnieniu jednego świadczenia złożonego jest też jednolity cel gospodarczy transakcji. Jeżeli przeciętnemu świadczeniobiorcy zależy właśnie na połączeniu kilku świadczeń, przemawia to za istnieniem jednego świadczenia złożonego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie bezsporna między Stronami była okoliczność, iż Zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia stawki/stawek podatku VAT właściwej/właściwych dla usług objętych przedmiotem zamówienia w części nr 2. Poza sporem było również, że Odwołujący w części nr 2 zamówienia zastosował 8% stawkę podatku VAT, a Przystępujący stawkę 8% dla usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni oraz 23% dla usług projektowych, co oznacza, że złożone w tej części oferty były nieporównywalne. Bezspornie także wynagrodzenie za realizację usług objętych częścią 2 zamówienia miało charakter ryczałtowy. W niniejszej sprawie, na podstawie stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania, Izba doszła do przekonania, że rację miał Odwołujący, iż usługi objęte częścią nr 2 zamówienia stanowią świadczenie kompleksowe polegające na zagospodarowaniu terenów zielonych, dla których właściwa jest obniżona stawka podatku VAT w wysokości 8%.

Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie wykonawca części 2 zamówienia wykona szereg czynności składających się na zagospodarowanie terenu zielonego, szcze-

gólowo opisanych w ustaleniach stanu faktycznego powyżej. Sporna między Stronami postępowania odwoławczego była wyłącznie kwestia opodatkowania usług projektowych. Wskazać należy, iż analiza dokumentów zamówienia prowadzi do wniosku, że świadczenie objęte częścią nr 2 wymaga przedłożenia Zamawiającemu koncepcji rozmieszczenia roślin celem akceptacji (pkt 6 załącznika nr 1b do SWZ) dla 9 lokalizacji. (...) W niniejszym przypadku Zamawiający oczekuje nabycia jednego świadczenia złożonego, na które składa się szereg czynności, począwszy od fazy projektowej (prace koncepcyjne związane z rozmieszczeniem roślin), poprzez wykonanie prac przygotowawczych, wykonanie prac ogrodniczych oraz pielęgnację zieleni. Powyższe elementy świadczenia są ze sobą tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość.

128. Wyrok z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2468/23

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, pod warunkiem, że zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości. (...) 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 zaoferowanej 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. (...) Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności niniejszej spawy, wskazać należy, że Odwołujący i wykonawca X zastosowali odmienne stawki VAT w swoich ofertach w zakresie urządzenia macerator. Odwołujący przyjął stawkę VAT 23%, zaś wykonawca X stawkę VAT 8%. Zamawiający zaś nie określił w SWZ stawki VAT, jaką wykonawcy mają uwzględnić w cenie w zakresie urządzenia macerator. Tym samym na etapie badania i oceny ofert Zamawiający winien ustalić właściwą stawkę VAT i skonfrontować swoje ustalenia z obliczeniami przyjętymi przez wykonawców. (...) Zdaniem Izby nie ma żadnych podstaw do zakwalifikowania dostawy maceratora jako świadczenia pomocniczego względem świadczenia głównego (jako elementu świadczenia kompleksowego z dostawą innych urządzeń medycznych w niniejszym zamówieniu). Takie wnioski wypływa chociażby ze sposobu wypełnienia kosztorysu ofertowego przez wykonawcę X. Gdyby rzeczywiście wykonawca traktował dostawę całego wyposażenia jako świadczenie kompleksowe, to wszystkie urządzenia byłyby objęte tą samą stawką VAT. Tymczasem, wykonawca X, wypełniając ten formularz, określił zróżnicowane stawki VAT na poszczególne urządzenia w zależności od ich charakteru. (...) Ponadto, nie ma żadnych podstaw do uznania, że macera-

tor jest urządzeniem pomocniczym do świadczenia głównego. Zdaniem Izby jest to odrębne urządzenie, którego dostawa nie ma wpływu na właściwości innych urządzeń. To, że zostało one objęte zakresem zamówienia w ramach jednego postępowania nie uzasadnia zakwalifikowania takich urządzeń jako jedno świadczenie kompleksowe. Zasadą podatku VAT jest to, że każde świadczenie rozpatrujemy oddzielnie, pod kątem zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Jako wyjątek od reguły, możemy przyjmować, że jakieś świadczenie jest elementem większego świadczenia, będąc świadczeniem pomocniczym. Zamawiający przyjął założenie, że macerator jest takim świadczeniem pomocniczym. Jednak w żaden sposób nie podjął próby udowodnienia tego stanowisko w swoim stanowisku. Jest oczywistym dla Izby, że macerator może być zamówiony odrębnie, samodzielnie i nie ma żadnych powiązań funkcjonalnych z innymi urządzeniami w taki sposób, aby można było zakwalifikować jego zakup jako dostawę pomocniczą. Macerator spełnia swoją funkcję samodzielnie jako niezależne urządzenie, które wymaga jedynie podłączenia do źródła prądu i wody i może być swobodnie odłączane i przenoszone. Zamawiający posługuje się w swoim piśmie ogólną argumentacją, którą doktryna wypracowała na potrzeby analizy świadczeń kompleksowych, ale nie przełożył tego w żaden sposób na wykazanie, dlaczego konkretnie macerator nie może być elementem odrębnej dostawy (wedle własnej stawki vat) od dostawy innych sprzętów.

129. Wyrok z dnia 6 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2463/23

(...) podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny, może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w SWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty. Skład orzekający uznaje, że w sprawie rozpatrywanej zamawiający określił wymaganą stawkę podatku od towarów i usług przy kalkulacji przedmiotu zamówienia, w wysokości 8%. W takim stanie rzeczy wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny skutkującego odrzuceniem oferty, lecz omyłkę podlegającą poprawieniu przez zastosowanie wskazanej w dokumentach postępowania tj. SWZ i formularzu ofertowym, stawki podatku od towarów i usług. W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszył przepisy prawa wskazane w petitum odwołania, zatem orzeczono, jak w sentencji.

130. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3511/23

Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje

tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11, w wypadku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT właściwej dla danego przedmiotu zamówienia, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), jeśli zaistnieją ku temu przesłanki. Inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku nie wskazał w treści specyfikacji. W takiej sytuacji to na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, co w żadnej mierze nie oznacza, iż zamawiający zwolniony jest z obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku VAT pod kątem zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Ustalenie przez zamawiającego, że zastosowana przez wykonawcę stawka podatku VAT nie jest właściwa dla usług objętych przedmiotem zamówienia, implikuje z kolei konieczność odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

131. Wyrok z dnia 13 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3520/23

Ustawodawca nie definiuje co należy rozumieć przez sformułowanie w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: „błędy w obliczeniu ceny”. W ocenie Izby oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, gdyż błąd stanowi niezamierzony efekt działań wykonawcy, natomiast w niniejszej sprawie Przystępujący w sposób celowy przedstawił taką kalkulację pozycji cenowych w ofercie i wyjaśnił Zamawiającemu jej zasadność w ocenie wykonawcy. Choć w ocenie Izby kalkulacja ta nie spełnia wymogów SWZ (nie pokrywa kosztów związanych z jej elementami składowymi – całkowitych kosztów wykonania danych pozycji jednostkowych na skutek celowego niedoszacowania, jak to wynika z uzasadnienia powyżej do zarzutu w pkt I ppkt 1), to w sposób przemyślany została tak dokonana, z tych względów nie ma mowy o błędzie w obliczeniu ceny.

132. Wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23

Zaznaczyć należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia

w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa. Zdaniem Izby pominięcie przez Przystępującego poz. 1 TABELI formularza ofertowego oznacza, że Wykonawca nie wycenił zakresu prac, dla których Zamawiający wymagał podania w ofercie wartości netto, stawki podatku VAT i wartości brutto. Cena brutto podana w załączniku nr 1 do SWZ, jak wynika z treści oferty, nie obejmuje składnika ceny za prace projektowe. (...) Jednocześnie suma wszystkich pozostałych pozycji zestawienia cenowego odpowiada kwocie podanej przez Przystępującego jako cena całego przedmiotu zamówienia. (...) Cena oferty Przystępującego nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, a więc zawiera błąd w obliczeniu ceny co determinuje odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 14

133. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2704/23

(...) w złożonym wraz z ofertą dokumencie wadialnym gwarant zamieścił oświadczenie cyt.: „Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia, nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty.”

(...) W przypadku wniesienia wadium w innej formie niż pieniężna ustawodawca uregulował w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp zasady dotyczące zwrotu takiego wadium. (...)

Ustawodawca w omawianym przepisie jednoznacznie przesądził, że zwolnienie wadium wniesionego w formie niepieniężnej przed upływem terminu jego ważności następuje poprzez złożenie stosownego oświadczenia przez zamawiającego. Oświadczenie takie składane jest poręczycielowi/gwarantowi i ma doniosłe znaczenie – prowadzi do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy poręczycielem/gwarantem a zamawiającym. Ustawa Pzp obciąża instytucję zamawiającą określonymi obowiązkami, tj. wskazuje przypadki, w których aktualizuje się obowiązek zwrotu wadium (z urzędu lub na wniosek) i określa maksymalny czas na złożenie

przez zamawiającego stosownego oświadczenia, jednak zakończenie stosunku gwarancji/poręczenia ustawa jednoznacznie uzależnia od złożenia przez zamawiającego oświadczenia o zwolnieniu wadium. Zwolnienie wadium nie następuje zatem automatycznie z chwilą zaistnienia określonego zdarzenia lub złożenia wniosku o jego zwrot, ale dopiero na skutek czynności zamawiającego. Przewidziane w treści poręczenia wadialnego zabezpieczającego ofertę Odwołującego automatyczne wygaśnięcie zobowiązania prowadzi zaś do samodzielnego zwolnienia się poręczyciela z odpowiedzialności z tytułu poręczenia przed upływem terminu jego ważności, co stoi w sprzeczności z art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. Jako przykład można wskazać tu chociażby na sytuacje opisane w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, których zaistnienie powoduje obowiązek zwrotu wadium, ale dopiero po złożeniu przez wykonawcę stosownego wniosku. Treść oświadczenia poręczyciela przewiduje zaś w § 5 ust. 2 automatyczne wygaśnięcie zabezpieczenia po zaistnieniu określonego zdarzenia (np. wycofania oferty czy nie wybrania oferty Odwołującego), niezależnie od tego, czy wykonawca w ogóle złożył wymagany ustawą Pzp wniosek. Tymczasem w przypadkach określonych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp to dopiero złożenie takiego wniosku rozwiązuje stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (por. art. 98 ust. 3 ustawy Pzp) i aktualizuje obowiązek zwrotu wadium. Przedmiotowe poręczenie wygaśnie zatem automatycznie w chwili zaistnienia danego zdarzenia, pomimo że stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą może nadal trwać, a obowiązek zwolnienia wadium jeszcze się nie zaktualizuje.

134. Wyrok z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2708/23

Odnosząc się do kwestii wniesienia wadium przez Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestią sporną pomiędzy stronami było istotnie to czy Zamawiający będzie miał możliwości skorzystania z uprawnień przysługujących mu ze złożonego przez wykonawcę poręczenia. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że złożone przez Odwołującego wadium obejmuje okres związania ofertą.

(...) problem poruszony w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty dotyczy możliwości wystąpienia do poręczyciela z roszczeniem w przypadku wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium oraz procedury wystąpienia z tym roszczeniem, tj. koniecznością pisemnego zgłoszenia roszczenia w terminie związania ofertą. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestia procedury wystąpienia do poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium nie została uregulowana w przepisach ustawy Pzp. Przepisy ustawy nie rozróżniają także terminu związania ofertą od terminu wystąpienia do poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium. Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi jedynie, że wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem wyjątków). Przepis ten nakłada zatem na wykonawców obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują natomiast żadnych obowiązków w kontekście

procedury wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium. Stąd też w sytuacji, gdy poręczyciel - jak w niniejszym przypadku - zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty poręczenia, co do zasady nie ma podstaw prawnych do kwestionowania postanowień poręczenia dotyczących wystąpienia z roszczeniem przez zamawiającego.

135. Wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3696/23

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w odniesieniu do podnoszonej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej nieprawidłowości gwarancji wadialnych wniesionych przez Konsorcjum X i wykonawcę Y należy stwierdzić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy PZP nie ma podstaw do twierdzenia, że wykonawcy mają obowiązek utrzymywać wadium dłużej, aniżeli do dnia upływu terminu związania ofertą. Zgodnie bowiem z regulacją art. 97 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Jedyne ustawowe przypadki stanowiące wyjątki od zasady utrzymywania wadium w sposób nieprzerwany do dnia upływu terminu związania ofertą to zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia), a także unormowane w art. 98 ust. 2 ustawy PZP 4 sytuacje zwrotu wadium na rzecz wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, 2) którego oferta została odrzucona, 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Ustawodawca zatem wyraźnie określił, że okres wniesienia wadium, jako formy zabezpieczenia ciężącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, jest skorelowany z okresem związania ofertą i nie może być od niego krótszy. Oznacza to, że wykonawcy mają obowiązek utrzymywać wadium do dnia upływu terminu związania ofertą, natomiast żaden przepis prawa nie wymaga od nich wniesienia wadium na dłuższy termin. Niemniej nic też nie stoi na przeszkodzie, aby treść gwarancji wadialnej przewidywała dłuższy czas jej obowiązywania niż termin związania ofertą, ale instytucje zamawiające nie mają podstaw do wyciągania od wykonawców żadnych negatywnych konsekwencji w postępowaniu (w tym przede wszystkim odrzucenia oferty ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium), jeśli terminy ważności wniesionych przez nich gwarancji wadialnych są nie dłuższe niż termin związania ofertą. Wbrew stanowisku Odwołującego należy stwierdzić, że gwarancja wadialna przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wadium wyłącznie w terminie jego ważności, który jest tożsamy

z terminem związania ofertą, jest prawidłowa i nie może prowadzić do odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

Art. 239

136. Wyrok z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2496/23

Podstawową zasadą związaną z wyborem najkorzystniejszej oferty jest zasada wyboru wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ustalone przez zamawiającego dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w dokumentach zamówienia. Zamawiający musi zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty wszystkie kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia, i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, i jednocześnie nie może zastosować żadnych innych kryteriów.

Kryteria oceny ofert określone dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o udziale w postępowaniu, na sposób przygotowania przez niego oferty oraz na treść oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu. Oznacza to, że stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dokumentach zamówienia, i w taki sposób, który został w tych dokumentach określony, stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Obowiązek odpowiednio ustalenia i opublikowania z wyprzedzeniem zasad i warunków dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym metodologii oceny ofert, która będzie stosowana przez zamawiającego, realizuje zasadę przejrzystości postępowania. Wymaganie to nałożone na zamawiających ma na celu poinformowanie wszystkich potencjalnych wykonawców przed przygotowaniem przez nich ofert, jakie będą kryteria, które muszą spełniać ich oferty, i jaki jest porządek znaczenia tych kryteriów ustalony przez zamawiającego. Wymóg ten ma na celu realizację zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Dla realizacji tych celów istotne jest, aby informacje w zakresie kryteriów oceny ofert były podawane bezpośrednio przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, nie zaś musiały być odnajdywane przez wykonawców w źródłach zewnętrznych, do których odsyłałyby dokumenty zamówienia, jak akty prawne czy inne dokumenty zewnętrzne. Wszyscy wykonawcy powinni mieć szansę zrozumienia tych wymagań w taki sam sposób. Warunkiem zachowania przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów i podkryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować. Chodzi o to, by wykonawcy, którzy działają w danej branży, bez zbyteńnego wysiłku mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane. Sposób oceny ofert z zastosowaniem przyjętej przez zama-

wiąjącego punktacji, włączając w to algorytm służący proporcjonalnemu przyporządkowaniu punktacji w ramach kryterium, powinien również być jednoznaczny i wyłączać dowolność oceny, zaś sposób oceny ofert powinien wskazywać, za co i ile punktów będzie przyznawane przez zamawiającego. Jest to informacja o podstawowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jej przestrzeganie należy do podstawowych obowiązków zamawiających na etapie oceny ofert.

137. Wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3121/23

Celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiowane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych, przekraczających minimalne poziomy ustalone w SWZ, w tym rozwiązań najlepszych z perspektywy potrzeb Zamawiającego i celów jakie planuje osiągnąć. Odmienne niż dla wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 Pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a pozacenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiowany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia (...)

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że jako gospodarz postępowania decyduje co jest istotne w kontekście danego przedmiotu zamówienia i kierując się własnymi potrzebami dobiera najkorzystniejsze w jego ocenie rozwiązania. W ocenie Izby, żądania odwołania dążyły do narzucenia Zamawiającemu punktowania cech przedmiotu zamówienia, które w przekonaniu Odwołującego byłyby najwłaściwsze lub też byłyby dla Zamawiającego lepsze, ewentualnie te które oferuje Odwołujący. Niemniej jednak to nie stanowisko Odwołującego i jego przekonanie co do lepszej jakości danego rozwiązania, a uzasadnione potrzeby Zamawiającego są istotne przy ocenie czy dane kryterium spełnia cechy kryterium jakościowego.

Art. 240

138. Uchwała z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 15/23

Niewątpliwie zamawiający nadał nazwy podkryteriom właściwości estetycznych i określił wagi tych kryteriów. Zamawiający poinformował również, że oceny będą dokonywał na podstawie kompletnego projektu/graficzno-informacyjnego/ych dekoracji załączonego/ych do oferty i że ten dokument będzie oceniany indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej w zakresie właściwości estetycznych i funkcjonalnych.

(...) z tak przygotowanego opisu nie wynika sposób, w jaki punkty będą przy-

dzielane. Czy są to kryteria rosnące np. im większa ilość elementów świetlnych, tym wyższa punktacja, czy malejące – im mniej krótszy czas naprawy i ilość narzędzi potrzebna do naprawy, tym wyższa punktacja. Przy czym przy kryteriach rosnących lub malejących powinien być zamawiający określić poziom najmniej akceptowalny, najbardziej pożądaný i poziomy pośrednie. (...) Brak określenia preferencji zamawiającego w ramach opisu sposobu oceny ofert spowodował, że zamawiający zamiast swobodnej oceny ofert w przyjętych kryteriach umożliwił sobie dowolną ocenę. W przypadku kryteriów niewymiernych dopuszczających pewien subiektywizm oceny - opis sposobu oceny powinien być szerszy, opisowy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiającą wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert, a tego w SWZ opracowanej przez zamawiającego zabrakło. Wykonawcy składając oferty powinni znać reguły gry, do której przystępują. Wybór wykonawcy powinien być dokonywany według zasady „niech wygra najlepszy”, a określenia, kto według zamawiającego spełnia jego oczekiwania w największym stopniu nie zakomunikował zamawiający w dokumentach zamówienia.

Art. 253 ust. 1

139. Wyrok z dnia 8 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2518/23

Brak uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego powoduje, że taka czynność Zamawiającego nie może ostać się i stanowić podstawy odrzucenia oferty. Wymaga również podkreślenia, że podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i wyczerpujące wskazanie przesłanek przez Zamawiającego warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Trudno jest podnosić zarzuty względem powodów odrzucenia oferty, których Odwołujący może się jedynie domyślać, których Zamawiający nie podał wykonawcy. Za niesłuszne i nieprawidłowe – w kontekście realizacji obowiązku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy - należy uznać stanowisko Zamawiającego przedstawione w trakcie rozprawy, że uzasadnienie podstaw faktycznych odrzucenia oferty zostało zawarte w piśmie 5 września 2023 roku – Odpowiedź na odwołanie, bowiem nie wywołuje ono skutków na dzień 25 sierpnia 2023 roku. Jednakże jednocześnie stanowisko to potwierdza, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 25 sierpnia 2023 roku. Przedstawienie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego dopiero w piśmie procesowym należy uznać za spóźnione i nie wywołujące, w zakresie dokonanej oceny, żadnego skutku.

Jedynie czytelnie zaprezentowana czynność zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy, zawierającą uzasadnienie faktyczne i prawne czynności Zamawiającego pozwala wykonawcy na ocenę działania Zamawiającego oraz podejmowanie działań w zakresie kwestionowania czynności w postępowaniu odwoławczym. Brak podania uzasadnienia faktycznego, tak ja w tym przypadku, musi skutkować unieważnieniem czynności Zamawiającego polegającej na upublicznieniu informacji o pod-

stawach faktycznych i prawnych odrzucenia oferty. Zamawiający, aby skutecznie ogłosić wynik postępowania i przekazać informację co do ofert odrzuconych musi to uzasadnić.

Informacja zawarta w piśmie z dnia 25 sierpnia 2023 roku w odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego bez wątplenia nie zawierała żadnego uzasadnienia faktycznego, zatem jej treść uchybia wymaganiom ustawowym. Tym samym stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy jest w ocenie składu orzekającego jednoznaczne. To skutkowało natomiast musiło unieważnieniem czynności z dnia 25 sierpnia 2023 roku, która to czynność nie spełniła wymagań informacyjnych opisanych ww. przepisie, w konsekwencji naruszając zasadę przejrzystości postępowania.

140. Wyrok z dnia 11 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2519/23

Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu uzasadnienie dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego nie zawierało wystarczających informacji co do przyczyn jakie legły u podstaw odrzucenia jego oferty. Zamawiający przywołał podstawę prawną i wskazał w sposób ogólny, że złożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe były niekompletne. Obowiązkiem Zamawiającego było wyszczególnienie, które ze złożonych środków przedmiotowych były niekompletne i z jakiej przyczyny. Podanie takich informacji stanowi, zdaniem Izby, minimalny zakres uzasadnienia decyzji Zamawiającego, umożliwiający wykonawcy prawidłowe sformułowanie ewentualnego zarzutu co do nieprawidłowego działania Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że na podstawie oceny całości dokumentacji i czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu Odwołujący miał wiedzę z jakich przyczyn jego oferta została odrzucona. Należy podkreślić, że przepis ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego swojej decyzji. Takiego uzasadnienia brak jest w decyzji Zamawiającego. To, że z przebiegu postępowania można się domyślać, dlaczego oferta Odwołującego został odrzucona nie stanowi uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego, bowiem te „domysły” nie zostały w żaden sposób sformalizowane przez Zamawiającego w dokumencie. Obowiązek wynikające z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp został nałożony na Zamawiającego i to Zamawiający musi go wykonać. Wykonawca nie ma zaś domyślać się na jakiej podstawie jego oferta została odrzucona, ale ma dysponować jasną i jednoznaczną decyzją Zamawiającego, zawierającą szczegółowe wskazanie okoliczności faktycznych jakie legły u jej podstaw.

141. Wyrok z dnia 18 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2947/23

Obowiązek zamawiającego wynikający z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odpowiada bowiem jednocześnie prawu wykonawców do poznania prawnych i faktycznych podstaw odrzucenia ofert. Prawo to ma szczególne znaczenie w przypadku wykonawcy, którego oferta została odrzucona, bowiem dzięki uzyskaniu informacji o powodach odrzucenia jego oferty, może on dokonać analizy stanowiska zama-

wiającego i podjąć decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w celu ochrony swoich interesów i przywrócenia oferty do postępowania. Dlatego też wymagane przez ustawodawcę w art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty, nie może się ograniczać do podania przepisów i ogólnego wskazania okoliczności faktycznych typu: „niewystarczające wyjaśnienia”, „rażąco niska cena”, „nienależyte wykonanie umowy”. Obowiązkiem zamawiającego, zarówno w świetle art. 253 ust. 1 pkt 2, jak i art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest podanie szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty, dającego wykonawcy pełną wiedzę o motywach, jakimi kierował się zamawiający odrzucając jego ofertę. (...) Podsumowując zatem, należy podkreślić, że podanie przez zamawiającego pełnego i wyczerpującego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, w tym pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, jest niezbędne do tego, by wykonawcy mogli realnie korzystać ze środków ochrony prawnej, a w konsekwencji jest też niezbędne do tego, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegane były podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Brak wskazania takiego uzasadnienia stanowi zatem naruszenie nie tylko art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale także ww. zasad. (...) Jednocześnie absolutnie nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, zgodnie z którą, skoro treść wyjaśnień jest znana Odwołującemu, to mógł on samodzielnie wyrobić sobie zdanie na temat tego, dlaczego jego wyjaśnienia zostały uznane za niewystarczające. Ustawodawca po to nałożył na zamawiających obowiązek podania m.in. uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, żeby wykonawcy nie musieli domyślać się, jakie były powody jej odrzucenia. Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że to zamawiający ma obowiązek podać pełne, wyczerpujące, szczegółowe i konkretne uzasadnienie odrzucenia oferty, a nie wykonawca ma sam „wyrabiać sobie zdanie”, za co jego oferta została odrzucona. Powyższego nie zmienia ciążący na wykonawcy obowiązek wykazania realności ceny oferty, gdyż nie zwalnia on zamawiającego ze stosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z jednej strony zatem wykonawca ma wykazać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, ale z drugiej strony zamawiający – jeśli uzna, że wykonawca tego nie wykazał – ma obowiązek podać pełne i szczegółowe uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty. Są to dwa niezależne od siebie obowiązki spoczywające na dwóch różnych podmiotach i w żadnym wypadku nie należy ich ze sobą mylić, ani wyprowadzać błędnego wniosku, że jakiegokolwiek zachowanie wykonawcy w tym zakresie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego.

142. Wyrok z dnia 19 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2929/23

Ponadto trzeba podkreślić, iż dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Izba opiera się na okolicznościach faktycznych, które zostały zakomunikowane wykonawcy w zawiadomieniu o tej czynności. Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne

jak i prawne odrzucenia oferty w sposób wyczerpujący i przejrzysty, do czego obliguje Zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Prawidłowe wypełnienie tego obowiązku odgrywa istotną rolę, przede wszystkim ze względu na możliwość zakwestionowania czynności odrzucenia oferty w drodze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wyeliminowana z postępowania. Dlatego też ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty, gdyż to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. W konsekwencji jakiegokolwiek rozszerzenie podstaw faktycznych odrzucenia oferty na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym i pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie.

143. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23

(...) podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione. Odwołujący nawet w sytuacji pewnej zwięzłości uzasadnienia, nie miał problemów ze sprecyzowaniem i uzasadnieniem zarzutów. Tym samym uzasadnienie odrzucenia spełniło podstawowe wymaganie jakie przed nim stało tj. zaprezentowało wszystkie powody leżące u podstaw dokonanej przez zamawiającego czynności, przez co odwołujący nie miał problemów z ustaleniem przyczyn jej podjęcia, a następnie przełożenia tego na uzasadnienie odwołania.

Reasumując Izba stwierdziła, że zwięzłość uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miała znaczenia, skoro znalazło się w nim odniesienie elementów stanu faktycznego do wszystkich przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jednocześnie odwołujący nie musiał się domyślać, co było podstawą jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty, bowiem jak już wynikało z treści odwołania, odwołujący zdawał sobie sprawę, jaka była podstawa faktyczna i prawna odrzucenia jego oferty w postępowaniu.

144. Wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3682/23

Należy podkreślić, że Izba ocenia czynności dokonane przez zamawiającego w postępowaniu w oparciu o uzasadnienie tych czynności oraz dokumenty, które stanowią podstawę decyzji Zamawiającego. (...) Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego było lakoniczne. Izba wskazuje, że zamawiający nie może przedstawić jedynie wyniku czynności, które złożyły się na ocenę oferty. Zamawiający ma obowiązek wskazania, jakie przyczyny legły u podstaw jego decyzji oraz ich wyjaśnienie. Podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego nie zo-

stała wyjaśnione przez Zamawiającego.

Izba podkreśla, że prawidłowe i szczegółowe uzasadnienie czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego ma istotne znaczenie, ponieważ stanowi ono podstawę podjęcia przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i sformułowania zarzutów odwołania. (...)

W sytuacji, gdy Odwołującemu nie zostało przedstawione przez Zamawiającego konkretne uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia jego oferty, a zarzuty odwołania Odwołujący sformułował w oparciu o swoje przypuszczenia co do przyczyn odrzucenia jego oferty, Izba stwierdziła, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie spełniło swojej roli.

(...)Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ została opatrzona podpisem elektronicznym niewskazującym osoby składającej podpis. (...)

Izba stwierdziła, że wszelkie okoliczności ustalone przez Zamawiającego w trakcie badania oferty Odwołującego powinny znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a nie dopiero w pismach w postępowaniu odwoławczym, tak aby mógł on zapoznać się z nimi, a w wypadku braku zgody z oceną Zamawiającego miał możliwość do niej ustosunkować i sformułować zarzuty odwołania Odwołujący z całą pewnością został pozbawiony takiej możliwości.

145. Wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3783/23

W związku z powyższym zastosowanie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymaga podania uzasadnienia dotyczącego punktacji przyznanej w ramach kryteriów oceny ofert. W niniejszym postępowaniu kryteriami oceny ofert były: cena i okres gwarancji jakości. Zamawiający podał przyznaną w tych kryteriach punktację, przy czym charakter ww. kryteriów oceny ofert nie wymagał żadnego szczególnego uzasadnienia, bo na pierwszy rzut oka widać, które ceny i okresy gwarancji są wyższe, niższe lub równe i możliwe jest ich zwykle matematyczne przeliczenie na punkty. Uzasadnienie, którego domaga się Odwołujący byłoby niezbędne w przypadku zastosowania kryteriów ocennych, nie pozwalających na czysto matematyczne wyliczenie należnych punktów, jak np. kryterium „ocena propozycji koncepcji kreatywnej strategii kampanii promocyjnej”, z podkryteriami: a) wyróżnialność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt, b) prostota i perswazyjność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt, c) spójność koncepcji kreatywnej z celami kampanii promocyjnej za max. 4 pkt (przykład autentyczny). W przypadku takiego ocennego kryterium rzeczywiście zamawiający nie mógłby ograniczyć się do podania ilości przyznaných punktów, ale zobowiązany byłby napisać, jakie czynniki w opisie koncepcji kampanii promocyjnej przesądziły o tym, że różnym ofertom w różnych podkryteriach przyznał różną liczbę punktów, np. 1 pkt, 3 pkt, 4 pkt. Sytuacja taka nie występuje jednak w przedmiotowej sprawie, gdzie przewidziane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert były możliwe do oceny przez zwykle matematyczne przeliczenie ceny czy

okresu gwarancji na punkty zgodnie z opisem tych kryteriów. Dlatego Zamawiający nie naruszył w niniejszym postępowaniu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp ograniczając się do wskazania przyznanej punktacji.

Art. 255 pkt 3

146. Wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3551/23

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy w ocenie Izby Zamawiającej, związany kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jako kwotą minimalną nie był uprawniony unieważnić postępowania w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej mieściła się w budżecie Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania nie wykazał wypełnienia się przesłanek określonych dyspozycją art. 255 pkt 3 ustawy pzp. Ponadto, Zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych dokonując po terminie składania ofert przeliczenia ceny ofertowej oferty najkorzystniejszej w sposób nieokreślony dokumentami zamówienia.

Niewątpliwe, aby ustalić czy cena oferty najkorzystniejszej mieści się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia należy ustalić cenę oferty za zamówienie gwarantowane. Kwestia, że porównywać należy cenę zamówienia gwarantowanego była okolicznością bezsporną. Z dokumentacji postępowania wynika, że cenę łączną oferty za zamówienie gwarantowane i opcjonalne wykonawcy byli zobowiązani wskazać w formularzu ofertowym i miała być to cena wyliczona w oparciu o załącznik nr 6 co Zamawiający wyjaśnił odpowiadając na pytania do treści SWZ. Zamawiający wymagał więc złożenia wraz z ofertą załącznika nr 6 do SWZ – formularza cenowego, w którym wykonawcy byli zobowiązani wskazać ceny za trzy usługi, przeliczyć je przez ilości podane przez Zamawiającego dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego w tabeli oraz wskazać wartości łączne netto, VAT i brutto, na co wskazywała konstrukcja formularza. Nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający, aby dokonać porównania ceny ofertowej za zamówienie gwarantowane z wartością przeznaczoną na realizację zamówienia, mógł ją łatwo ustalić na podstawie załącznika nr 6 do SWZ – wykonawcy wskazywali bowiem wartość netto zamówienia gwarantowanego, a Zamawiający podał stawkę podatku VAT. (...) cena ofertowa Odwołującego(...) była niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (...) Okoliczności te powodują, że nie wypełniły się przesłanki z art. 255 pkt 3 ustawy pzp uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Dalej podnieść należy, że Zamawiający w sposób sprzeczny i nieprzewidziany postanowieniami SWZ dokonał przeliczenia cen wskazanych w załączniku nr 6 przez Odwołującego celem ustalenia ceny, która w jego ocenie powinna być ceną ofertową. Okoliczności takie Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie wskazując, że przemnożył cenę za „koszt dobowej stałej gotowości” z oferty Odwołującego przez 183 dni, co spowodowało, że tak ustalona cena ofertowa przekraczała

środki przeznaczone na wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, bowiem w treści SWZ brak jakichkolwiek postanowień, że Zamawiający w ten sposób będzie ustalał wysokość ceny ofertowej i taką cenę porównywał z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

Art. 255 pkt 6

147. Wyrok z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2305/23

Zamawiający nie tylko nie podjął jakiegokolwiek próby, ale wręcz zaniechał zupełnie wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył X w odwołaniu, Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że dokonując badania i oceny ofert stwierdził rozbieżności w złożonych Formularzach cenowych, tj. iż dwóch wykonawców wyceniło określone pozycje, a dwóch tego nie uczyniło, przez co „niemożliwe stało się dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ oferty są nieporównywalne ze sobą”. Zamawiający nie wskazał natomiast na czym polega wada postępowania, dlaczego nie może być ona usunięta i na czym polega brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w swojej argumentacji nie wykazał, dlaczego dostrzeżona przez niego wada postępowania, którą *de facto* próbował opisać dopiero w piśmie z dnia 3 grudnia 2023 r. pn. „Szczegółowe informacje dotyczące unieważnienia postępowania”, a następnie także w odpowiedzi na odwołanie, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy bowiem wykazać związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą a koniecznością unieważnienia umowy. (...)

Dodatkowo, skład orzekający podkreśla, że argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie oraz prezentowana podczas rozprawy w znaczącej mierze wykraczała poza uzasadnienie faktyczne i prawne przekazane przede wszystkim w piśmie z dnia 25 lipca 2023 r. pn. „Informacje o unieważnieniu postępowania”, jak również w późniejszym piśmie z dnia 3 sierpnia 2023 r. pn. „Szczegółowe informacje dotyczące unieważnienia postępowania”, zatem – jak już wskazano powyżej – nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Skład orzekający zwrócił bowiem uwagę, że Zamawiający w toku postępowania odwoławczego przywoływał nowe okoliczności i podstawy unieważnienia, w konsekwencji czego stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie nie było spójne z tym przedstawionym w poprzednich pismach skierowanych do wykonawców. Zważywszy na powyższe okoliczności już zatem sam fakt rozbieżności pomiędzy argumentacją wyrażaną przez Zamawiającego potwierdza, że Zamawiający nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania zawartym w piśmie z dnia 25 lipca 2023 r., że prowadzone przez niego Postępowanie obarczone jest taką wadą, która powodowałaby, iż według przepisów art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu i w konsekwencji uzasadnione

byłoby unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

148. Wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2593/23

Tym samym w postępowaniu nie doszło do wady w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp, ponieważ zamawiający powinien podjąć ostateczną decyzję w stosunku do oferty odwołującego, która determinowałaby sposób zakończenia postępowania. Poza tym nawet gdyby przyjąć, że taka wada jednak wystąpiła, to nie była ona niemożliwa do usunięcia. Gdyby zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę odwołującego to, mając na uwadze czynność odrzucenia pozostałych ofert w ramach części III zamówienia, powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, natomiast w przypadku uznania, że oferta odwołującego jest jednak prawidłowa to zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania dyspozycji określonej w art. 252 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Ww. norma nie mówi o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale o wyrażeniu pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Dodatkowo jak słusznie argumentował odwołujący przyzwolenie na takie działanie jakiego dopuścił się odwołujący [zamawiający – red.] doprowadziłoby do powstania niebezpiecznej i niedopuszczalnej praktyki, która polegałaby na tym, że zamawiający wybieraliby ofertę w terminie związania ofertą, a następnie, po upływie terminu związania ofertą, unieważniałby czynność wyboru, a także całe postępowanie twierdząc, że doszło do spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp.

Ponadto Izba uznała, że w uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego brak było jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżoną wadą postępowania, a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w części nr III. Jak już wskazano powyżej w celu zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 ust. 1 Pzp. Należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą, a koniecznością unieważnienia umowy. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie przedstawił takich informacji.

149. Wyrok z dnia 8 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3132/23

Zamawiający może unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Zamknięty katalog nie daje możliwości unieważnienia postępowania na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego. Katalog przesłanek z ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do

dokonania czynności z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej. (...)

Dalej, Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia, a każda nowa argumentacja na etapie postępowania odwoławczego jest spóźniona. Zatem okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym. Dlatego też Izba pominęła argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie dotyczącą zaniechania dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (nieświadomego naruszenia art. 271 ust. 1 ustawy Pzp) oraz zaniechania wydłużenia w trybie art. 271 ust. 2 i 3 ustawy Pzp terminu na składanie ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach.

Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp. Ogólnikowe stwierdzenie, że naruszono zasady z art. 16 ustawy Pzp, skutkujące zawężeniem kręgu podmiotów, które złożyły oferty w postępowaniu, nie jest wystarczające dla wykazania, iż postępowanie obarczone jest wadą, tym bardziej wadą, która mogła negatywnie wpływać na wynik postępowania.

150. Wyrok z dnia 20 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3661/23

W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający stwierdził w nim, że w treści formularza ofertowego zamawiający nie przygotował jednak miejsca na wpisanie danych dotyczących kryteriów pozacenowych oraz nie poinstruował także wykonawców w jaki sposób przedstawić te informacje czym wprowadził wykonawców w błąd i spowodował, że otrzymał nieporównywalne oferty gdyż każdy z wykonawców musiałby przedstawić te informacje na własny sposób. W ocenie składu orzekającego stanowisko zamawiającego było nieprawidłowe. Nie można stwierdzić, że wskazywany przez zamawiającego brak stanowi wadę postępowania, która skutkowałaby brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważ-

nieniu. Jak wynika z treści dokumentacji przetargowej. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 17 Pzp w SWZ opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W SWZ oprócz wskazania kryteriów, podano ich wagę oraz opisano sposób obliczenia punktów na ich podstawie. W przedmiotowym postępowaniu ani kryteria oceny ofert, ani też sposób ich oceny nie były kwestionowane przez wykonawców na etapie przekazania im dokumentacji prowadzonego postępowania. Wszyscy wykonawcy składający swoje oferty w postępowaniu, posiadali jednakową informację dotyczącą sposobu oceny złożonych ofert, zaś treść tej części dokumentacji postępowania była jasna, równa dla wszystkich, jak też wystarczająca i pozwalająca na sporządzenie ofert oraz na przeprowadzenie ich merytorycznej oceny. Nie sposób się zatem zgodzić z Zamawiającym, iż wskazywany jako podstawa do unieważnienia fakt braku wydzielenia we wzorze formularza odrębnego miejsca na wprowadzenie informacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert stanowi wadę postępowania.(...)

Za wadę postępowania nie może również zostać uznana przywoływana przez Zamawiającego niejednoznaczność i wadliwość SWZ wynikająca z nieprawidłowego przygotowania formularza ofertowego. Niejednoznaczność ta miała odnosić się do zastosowania w odniesieniu do osób wskazanych w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert zasady wyrażonej w rozdziale VI ust. 11 SWZ o niedopuszczalności łączenia przez tę samą osobę różnych funkcji w ramach zaoferowanego zespołu prawnego. Należy podkreślić, że intencja ta nie znalazła jakiegokolwiek wyrazu w dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wyjaśnił na czym polegała wskazywana przez niego nieprawidłowość w przygotowaniu formularza ofertowego w tym zakresie. Po drugie Zamawiający nie wykazał w żadnym stopniu w jaki sposób powoływana przez niego nieprawidłowość formularza skutkowała niejednoznacznością dokumentacji postępowania w świetle innych zapisów SWZ. Zamawiający w informacji o unieważnieniu nie wskazał bowiem jakichkolwiek zapisów SWZ, które miałyby wskazywać na zastosowanie reguły braku możliwości łączenia funkcji przez te same osoby w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, i na prawidłowość i jednoznaczne rozumienie których rzekomo wadliwie przygotowany formularz miałby wpływać. Za wadę postępowania w oczywisty sposób nie mogą zaś zostać uznane okoliczności wynikające z intencji lub zamierzeń Zamawiającego, które nie znalazły jednoznacznego odzwierciedlenia w treści dokumentacji postępowania i zostały wyrażone w jej zapisach. Po trzecie należy zgodzić się z Odwołującym, iż w treści uzasadnienia unieważnienia Zamawiający powołuje się jedynie na swoje przypuszczenie co do istnienia wady postępowania (tj. możliwe złe zrozumienie zapisów SWZ przez wykonawców), podczas gdy treść przepisu wymaga wystąpienia wady postępowania. Zarazem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niejednoznaczna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców sama w sobie nie może być postrzegana jako nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która powinna skutkować jego unieważnieniem, tylko może być ona

traktowana jako niezamierzony rezultat nieprecyzyjnie, ogólnikowo lub wadliwie sformułowanych zapisów dokumentacji postępowania.

151. Wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3858/23

Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu. Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Zamawiający upatrywał wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, zbyt ogólny, w którym nie zostały zawarte kluczowe informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc w sposób niezgodny z dyspozycją art. 99 ustawy pzp. (...) Zdaniem Izby przywoływane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowią wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 ustawy pzp, gdyż nie świadczą o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem ustawy pzp, a jedynie o opisananiu przedmiotu zamówienia w sposób nieureczywistniający potrzeb Zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 22 września 2022 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2297/21: „*sam fakt braku dostatecznej precyzji opisu wymagań zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.*” Podobnie w wyroku z dnia 19 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3600/23: (...)

Izba zauważa, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem cech charakterystycznych oczekiwanych próbek, co podkreślał na rozprawie Odwołujący. Zamawiający podał pojemność próbek, rodzaj gwintu, nakrętek, macierzy, rodzaju dna próbek, statywu, a także kody

kreskowe i wielkość opakowania. Na etapie ogłoszonego postępowania do tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy nie mieli wątpliwości i nie zadawali pytań o wyjaśnienie treści SWZ. W postępowaniu zostały złożone oferty oferujące konkretne produkty. Chybiony jest zatem argument Zamawiającego, że przygotowany opis z uwagi na brak informacji przedstawionych w decyzji o unieważnieniu postępowania miał wpływ na sporządzenie ofert. Brak tych informacji, czego Izba nie przesądza i czego Zamawiający nie wykazał w sposób niewątpliwy, być może będzie miał wpływ na możliwość wykorzystania przez Zamawiającego oferowanych produktów. Nie jest jednak tak, że opis przedmiotu zamówienia jest wewnątrznie sprzeczny czy też niejednoznaczny i w tym sensie wpływający na możliwość złożenia oferty i dalej na dokonanie badania i oceny ofert w postępowaniu. Podkreślić należy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania zobowiązanym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia z należytą starannością, z uwzględnieniem własnych potrzeb i celów. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania oraz z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający miał świadomość w jakim celu zamawia próbówki będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający dysponował więc wiedzą i doświadczeniem, które pozwalały na opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań, które spełnią potrzeby Zamawiającego. Co więcej, jak wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów Zamawiający ogłaszał analogiczne postępowania w poprzednich latach z tożsamym opisem przedmiotu zamówienia zakończone udzieleniem zamówienia. Zamawiający ogłaszając postępowanie w trybie konkurencyjnym powinien zakładać, że w postępowaniu może zostać złożonych kilka ofert, w tym mogą zostać zaferowane różne produkty, co Zamawiający powinien uwzględnić opisując przedmiot zamówienia. Nie uzasadnia możliwości unieważnienia postępowania okoliczność, że co prawda Zamawiający był przekonany, że przedmiot zamówienia został opisany precyzyjnie i jednoznacznie (pkt 7 analizy potrzeb i wymagań) ale z uwagi na złożenie ofert na różne produkty Zamawiający uznał, że opis jest niepełny. Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami, które pozwalały mu na rzetelne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami. Zaznaczenia wymaga, że zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie może obciążać wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie stanowi instytucji pozwalającej Zamawiającemu na korygowanie każdej błędnej decyzji w postępowaniu, a jedynie takiej wady, która stanowi o naruszeniu przepisów regulujących jego prowadzenie, która jako niemożliwa do usunięcia jednocześnie powoduje, że zawarta w postępowaniu umowa mogłaby podlegać unieważnieniu na jednej z podstaw określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp.

152. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23

(...) istotą (...) regulacji art. 439 ustawy Pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Odwołując się natomiast do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja” należy stwierdzić, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia, w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację definiuje: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych, ustalonych w danej jednostce monetarnej, na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza. Jak zatem trafnie zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Innymi słowy chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacji umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonego w czasie płaćności.

Izba ma świadomość, że ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 ustawy Pzp w sposób precyzyjny, określając jedynie pewne wytyczne, którymi powinien kierować się wykonawca wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne. Stało się tak jednak, gdyż jak zauważono w uzasadnieniu projektu przepis ten nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Ustawodawca, mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, tak skonstruował cytowany przepis, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku miał on pewną swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Wskazano jednak obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, które to mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych a zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, winien mieć na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahanom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Waloryzacja umowna stanowi bowiem skuteczny mechanizm tylko wtedy, gdy umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Konieczne jest przy tym precyzyjne określenie m. in. poziomu zmiany cen lub kosztów uprawniającego strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz przede wszystkim sposób ustalenia zmiany

wynagrodzenia. I tu mamy szerokie spektrum możliwości wprowadzenia efektywnej formuły np. metody wskaźnikowej (odwołanie do możliwych różnych wskaźników GUS-u), metody koszykowej (w oparciu o kilka wskaźników dla wybranych, najbardziej cenotwórczych elementów kosztów), metody porównawczej. Formuła ta musi być dobrze przemyślana, precyzyjna i sprawdzona przede wszystkim od strony kosztorysowej, żeby potem była wykonalna i rzeczywiście przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy.

Art. 462 ust. 2

153. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23

Na gruncie przepisów ustawy Pzp zasadą jest uprawnienie wykonawców do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom wedle ich uznania. Zasada ta doznaje ograniczeń jedynie w ściśle określonych przypadkach. Takim ograniczeniem jest przede wszystkim uprawnienie Zamawiającego do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących m.in. zamówień na roboty budowlane lub usługi (por. art. 121 ustawy Pzp). W takim przypadku te kluczowe zadania nie mogą zostać powierzone podwykonawcy. Jeśli jednak w dokumentach zamówienia Zamawiający nie dokona takiego zastrzeżenia, to powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom, jak i zakres tego powierzenia będzie zależny wyłącznie od decyzji wykonawcy. Ocena charakteru oświadczenia wykonawcy co do zakresu podwykonawstwa i nazw podwykonawców musi być dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań prawnych wynikających z ustawy Pzp i będzie zależna od tego, czy w dokumentach zamówienia zastrzeżono obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego kluczowych zadań do osobistego wykonania oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom będzie stanowiło istotną treść oferty. Niekompatybilność zakresu podwykonawstwa z zakresem zastrzeżonym do osobistego wykonania będzie oznaczała niezgodność oferty z warunkami zamówienia. (...) Jeśli jednak w dokumentach zamówienia nie zastrzeżono obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, to oświadczenie o zakresie podwykonawstwa będzie miało co do zasady walor informacyjny i będzie mogło podlegać zmianom. (...)

W kontekście podwykonawstwa należy zwrócić również uwagę na sytuację, kiedy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania określonej zdolności technicznej lub zawodowej. W takim przypadku to podmiot udostępniający zasoby będzie musiał zrealizować daną część zamówienia, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga bowiem, aby podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wykonał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wyma-

gane. Stosunek zobowiązaniowy łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby będzie przyjmował w takiej sytuacji przeważnie postać podwykonawstwa. Na gruncie rozpoznawanej sprawy szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego zdefiniowany w ofercie zakres udostępnienia zasobów będzie miał znaczenie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i podlegać będzie ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Innymi słowy nie może dojść do sytuacji, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Mieć na uwadze w tym przypadku należy także art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczone w ofercie. Tym samym w kontekście udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia kluczowe jest to czy w ofercie zadeklarowano udział tego podmiotu w pełnym zakresie, jaki jest konieczny z perspektywy warunku udziału w postępowaniu, w celu spełnienia którego powołano się na zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe nie oznacza jednak, że wykonawca nie może podjąć decyzji, aby powierzyć temu podmiotowi podwykonawstwo również innych, dodatkowych zadań, do których nie odnosił się warunek udziału w postępowaniu. W dalszej kolejności należy wskazać, iż zarówno w odniesieniu do „zwykłego” podwykonawcy, jak i do podmiotu udostępniającego zasoby, w ustawie Pzp dopuszczono możliwość zmiany takiego podmiotu, z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków. Przy podwykonawstwie „zwykłym” zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia (por. art. 464 ust. 5 ustawy Pzp), zaś jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia (por. art. 464 ust. 6 ustawy Pzp). Badanie podmiotowe podwykonawcy „zwykłego” jest zatem fakultatywne, a ewentualne zaistnienie podstaw wykluczenia wiąże się wyłącznie z rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji zamówienia, a nie z zakazem podwykonawstwa jako takiego. Wykonawca będzie uprawniony do powierzenia danego zakresu zadań innemu podwykonawcy lub samodzielnej ich realizacji. Z kolei w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby zmiana również jest dopuszczalna, przy czym wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (por. art. 462 ust. 7 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, należy stwierdzić, iż Odwołujący w sposób błędny ocenił charakter oświadczeń składanych przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym podwykonawstwa, uznając je za treść oferty, która nie może podlegać zmianom. Lektura odwołania pozwala wywieść wniosek, iż Odwołujący za niedopuszczalne uznał już tylko samo zmodyfikowanie informacji dotyczących podwykonawstwa i nie dokonał szczegółowej analizy w celu ustalenia czy rzeczywiście oświadczeniom dotyczącym podwykonawstwa składanym przez Przystępującego można było przypisać walor inny niż informacyjny. (...)

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego w zakresie dotyczącym ujawnienia nazw podwykonawców na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak wskazano już wcześniej, z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprost wynika, że wymóg podania nazw podwykonawców ma charakter fakultatywny, a ponadto dotyczy jedynie tych podwykonawców, których nazwy na etapie składania oferty są już wykonawcy znane. Wykonawca co do zasady jest uprawniony do dokonywania zmian, zarówno jeśli o chodzi o zakres usług, jakie zamierza zlecić podwykonawcom, jak i w zakresie samych podwykonawców. W rozpoznawanej sprawie wskazanie w ofercie nazw podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby miało charakter *stricte* informacyjny, a zmiany w tym zakresie były dopuszczalne. Nie można tracić z oczu faktu, że od momentu złożenia oferty do realizacji zamówienia planowany sposób wykonania umowy może w jakimś zakresie ulec zmianie (np. wykonawca może uzyskać korzystniejsze warunki cenowe od innego podmiotu). Ustawodawca dostrzegł ten problem i przewidział w art. 462 ustawy Pzp określone zasady związane ze zmianami w zakresie podwykonawstwa, dając Zamawiającemu każdorazowo możliwość zweryfikowania danego podwykonawcy pod kątem podstaw wykluczenia, a podmiotu udostępniającego zasoby także pod kątem wymaganego potencjału.

Art. 505 ust. 1

154. Wyrok z dnia 22 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1927/23

Zdaniem Izby, wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu, którego korzystniejsza oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie zdecyduje się podpisać umowy. Dopiero w wyniku niepodpisania umowy w części nr 7 przez tego wykonawcę, po stronie odwołującego, może wystąpić realna szkoda pozostająca w związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu. W przypadku, gdy korzystniejsza oferta innego wykonawcy została wybrana, odwołujący, który nie kwestionuje tej oferty, nie jest w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda po stronie odwołującego mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wia-

domo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku nieprzystąpienia innego wykonawcy, który złożył korzystniejszą i niekwestionowaną ofertę, do podpisania umowy. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłyby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania.

155. Wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2963/23

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż cena zaoferowana przez odwołującego przekracza środki, jakie zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 212/18, którego konkluzje przyjmuje za własne, iż nie podważa istnienia interesu okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w takim przypadku jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności, czy zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

156. Wyrok z dnia 26 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2980/23

Zastrzeżenia składu orzekającego co do wykazania wystąpienia przesłanek objętych normą art. 505 Ustawy nie zostały w sposób przekonujący rozwiane wskazaniem na skutki, jakie może mieć dla Odwołującego decyzja o rezygnacji z przeprowadzenia jednoetapowej aukcji. Odwołujący wskazał bowiem, iż zmiana ta ma oznaczać brak możliwości obniżenia ceny, do czego miałyby prowadzić aukcja z udziałem co najmniej dwóch wykonawców. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego nie wskazuje jednak, iż czynność Zamawiającego miała znaczenie dla możliwości złożenia oferty, w tym zaoferowania najkorzystniejszej oferty, o czym faktycznie przesądzać mogą kryteria oceny ofert, ustalone wymagania co do przedmiotu zamówienia jak również wskazane warunki udziału w postępowaniu. Nawet hipotetyczna możliwość obniżenia ceny w toku aukcji nie ma znaczenia dla samego złożenia oferty, co oznacza, iż niezależnie od zmiany zasad wyboru oferty (tj. bez udziału w aukcji), sytuacja wyjściowa Wykonawcy jest taka sama. O moż-

liwości złożenia oferty w przetargu nie decyduje prowadzenie postępowania z wykorzystaniem aukcji elektronicznej (w przypadku mniejszej ilości ważnych ofert do aukcji w ogóle nie dojdzie). W ocenie składu orzekającego nie zostało również wykazane, aby zmiana treści swz i ogłoszenia mogła prowadzić do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego, którą należałoby rozumieć jako zagrożenie utratą korzyści związanych z realizacją zamówienia. Powstanie szkody należy rozumieć, jako zdarzenie podyktowane niedozwolonym działaniem Zamawiającego, a nie zwykłym ryzykiem biznesowym, do czego zasadniczo należy odnieść argumentację Odwołującego. To czy oferta zostanie złożona za cenę uwzględniającą niższy zysk, niż mogłoby to finalnie zakończyć się przy prowadzonej aukcji, będzie wynikiem wyłącznie decyzji wykonawcy i założonego w kalkulacji ceny ofertowej zysku. Ustalenie warunków oferty, w tym założonego poziomu zysku nie może być kwalifikowane w kategorii szkody spowodowanej potrzebą złożenia konkurencyjnej oferty. Nie jest to również podyktowane czynnościami Zamawiającego, które polegały wyłącznie na rezygnacji z prowadzenia aukcji elektronicznej.

157. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3393/23

(...) interes w uzyskaniu zamówienia oceniany jest na moment wniesienia odwołania, w związku z czym ewentualne przyszłe czynności zamawiającego, nieobjęte obecnie zakresem zaskarżenia (...) nie mogą przesądzać o tym, czy wykonawca miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia. Po drugie należy wskazać, iż z uwagi na to, że oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona, wnosząc środek ochrony prawnej podjął on działania w sposób dwutorowy. Z jednej strony Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty, co w przypadku uznania tych zarzutów za zasadne powodowałoby unieważnienie tej czynności i przywrócenie Odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia. Tym samym sytuacja Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia uległaby poprawie. Z drugiej strony Odwołujący równolegle zakwestionował zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, co w przypadku uznania tego zarzutu za zasadny mogłoby doprowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu. Przystępujący w swoim wywodzie pominął całkowicie okoliczność, iż w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego i Odwołującego doszłoby do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ oferty pozostałych sześciu wykonawców również zostały odrzucone. W tym kontekście podkreślić trzeba, iż artykuł 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a przez „zamówienie” nie należy rozumieć konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz przedmiot tego postępowania. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp zamówienie to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. A zatem interes w uzyskaniu

zamówienia nie będzie materializował się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca może uzyskać zamówienie (zawrzeć umowę) w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy wniesione odwołanie, lecz może być także upatrywany we wszczęciu nowego postępowania o udzielenie tego zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama), jak i w orzecznictwie Izby (por. m.in. wyrok z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt KIO 447/23, wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt KIO 728/23, KIO 751/23). Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła podstaw, aby odmówić Odwołującemu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

158. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3412/23

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie jest uczestnikiem postępowania i nie byłby w stanie wykonać usługi będącej przedmiotem zamówienia. Przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący nie jest uczestnikiem postępowania, bo Zamawiający dokonał otwarcia ofert mimo wniesienia odwołania, a Odwołujący nie złożył oferty. Jednakże działania Zamawiającego w tym zakresie nie mogą skutkować odmówieniem Odwołującemu posiadania interesu we wniesieniu odwołania choćby z tego powodu, że jak wielokrotnie już Izba wskazywała w swoim orzecznictwie, interes we wniesieniu odwołania ocenia się na dzień jego złożenia, czyli w tym wypadku - przed upływem terminu składania ofert. Ponadto przyjęcie argumentacji Zamawiającego za zasadną mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający celowo dokonywaliby otwarcia ofert po wniesieniu odwołania na postanowienia SWZ tylko po to, by pozbawić w ten sposób odwołujących interesu we wniesieniu odwołania. Należy zatem stwierdzić, że sam fakt, że określone postanowienia SWZ utrudniają lub uniemożliwiają złożenie oferty danemu wykonawcy działającemu na rynku, którego dotyczy zamówienie, oznacza, że ma on interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości uzyskania zamówienia.

159. Wyrok z dnia 5 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3779/23

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że Odwołujący utracił interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ nie przedłużył terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium. Podstawa odrzucenia oferty, którą zbadać miała Izba związana była z odrzuceniem oferty wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Choć Zamawiający wskazywał, że wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, nie dokonał jeszcze odrzucenia oferty na tej podstawie. Dostrzeżenia wymaga, iż art. 226 ustawy Pzp przewiduje aż 3 odrębne podstawy odrzucenia oferty

związane z zagadnieniem terminu związania ofertą, przedłużeniem tego terminu i ważnością wadium (pkt 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą; pkt 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą; pkt 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3). Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający nie kwestionował, że istnieje możliwość wyboru oferty, której termin związania minął, jeżeli dany wykonawca wyrazi na taki wybór zgodę.

Art. 516 ust. 1 pkt 8

160. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23

Zarówno z przepisów prawa, jak i z orzecnictwa Izby i sądów powszechnych jednoznacznie wynika, że zarzut musi być skonkretyzowany. Zgodnie z art. 513 ustawy PZP odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z kolei art. 516 ust. 1 ustawy PZP precyzuje co zawierać musi odwołanie, w tym: wskazanie czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia a także wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczanych okoliczności. (...)Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. W orzecnictwie Izby ugruntowany jest pogląd, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. 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 też m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 969/20). W konsekwencji w ramach opisanych podstaw faktycznych zarzutu odwołujący powinien wskazać jakie konkretnie przyczyny powodują, że doszło do naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, gdzie odwołujący kwestionuje określone postanowienia projektu umowy o zamówienie publiczne, powinien przedstawić argumentację, dlaczego dane postanowienie umowne narusza przepisy prawa lub wskazywane przez odwołującego dobre obyczaje i zasady współzycia społecznego. Zdecydowanie za niewystarczające uznać należy poprzestanie na przywołaniu

określonych podstaw prawnych, z ogólnym wskazaniem na uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, zaburzenie równowagi stron i twierdzenia o konieczności finansowania zamówienia przez wykonawcę przez kilka miesięcy.

Art. 518 ust. 1

161. Postanowienie z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3490/23

Przewidziana ustawą PZP możliwość uzupełnienia braku formalnego w zakresie pełnomocnictwa dotyczy sytuacji, gdy osoba podpisująca odwołanie była do tego prawidłowo umocowana, a jedynie nie załączono do odwołania dokumentu, z którego to wynika. Skuteczne uzupełnienie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania wymaga przedstawienia dokumentu, który potwierdza istnienie umocowania w chwili wniesienia odwołania. Przepis dający wykonawcy prawo do uzupełnienia braków formalnych odwołania nie może być natomiast traktowany jako umożliwiający późniejsze udzielenia pełnomocnictwa. W związku z tym wskazanie w treści pełnomocnictwa sporządzonego po wniesieniu odwołania, że mocodawcy zatwierdzają sporządzenie, podpisanie i wniesienie odwołania przez pana X, nie może być uznane za prawidłowe uzupełnienie braku formalnego. Zatwierdzenie ex post podjętych czynności może dotyczyć sytuacji określonej w art. 511 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba może dopuścić tymczasowo do czynności osobę niemogącą przedstawić pełnomocnictwa, z zastrzeżeniem że przed upływem wyznaczonego terminu braki będą uzupełnione, a czynności zatwierdzone przez powołaną do tego osobę. Chodzi więc o zatwierdzenie czynności dokonywanych już w toku postępowania odwoławczego, przez osobę tymczasowo dopuszczoną do czynności przez Izbę, istnieje bowiem ku temu wyraźna podstawa ustawowa, której nie ma w odniesieniu do wniesienia odwołania. Podstawy takiej nie sposób również wywieść z przepisów Kodeksu cywilnego - jego przepisy stosuje się bowiem wyłącznie w sprawach nieuregulowanych w ustawie Pzp, podczas gdy ustawa Pzp zawiera regulacje w tym zakresie. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że Kodeks cywilny w art. 103 daje podstawę do zatwierdzenia czynności rzekomego pełnomocnika wyłącznie w odniesieniu do umów, co w oczywisty sposób uniemożliwia jego zastosowanie do wniesienia odwołania, z kolei zgodnie z art. 104 Kc jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, jest nieważna.

Art 520 ust. 1

162. Postanowienie z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3687/23

Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza

nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej.

Art. 522 ust. 1

163. Postanowienie z dnia 17 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1890/23

Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości oznacza, że zamawiający uznaje za zasadne wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu. Unormowania zawarte w art. 522 ust. 1 zdanie drugie i ust. 2 *in finito* ustawy P.z.p. stanowią dyspozycję dla zamawiającego w zakresie tego, jakie czynności winien podjąć w związku ze złożonym oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, zamawiający obowiązany jest wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. (...)

Jednakowoż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, wyrażony np. w wyroku z dnia 24 marca 2022 roku, sygn.. akt KIO 651/22, zgodnie z którym: (...) „fakt uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w pierwszym odwołaniu nie może prowadzić z automatu do stwierdzenia, iż ponowny wybór oferty (...) dokonany miał zostać z naruszeniem przepisów Ustawy. Wybór oferty nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu ujętego w art. 522 ust. 1 Ustawy, tj. skutku proceduralnego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i obowiązku nałożonego na zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie może budzić w tej materii wątpliwości, iż Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykroczyć poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Ustawy regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie z środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie zmieniają zasad według, których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu. Inny jest ich cel, zatem wytyczna dla zamawiającego zawarta w art. 522 Ustawy, co do sposobu, w jaki zamawiający powinien dokonać czynności objętych zarzutami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielenia zamówienia publicznego.”

Z powyższego wynika, że zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania, nie musi, a wręcz nie powinien dokonywać czynności żądanych przez odwołującego, o ile nie dokonał uprzednio wszystkich innych czynności wymaganych przez ustawę P.z.p. Najczęściej taka sytuacja ma miejsce wówczas, gdy odwołujący żąda czynności mających daleko idące konsekwencje dla danego wykonawcy (np. odrzucenia jego oferty), mimo że zamawiający nie dokonał wszystkich czynności związanych z badaniem i oceną tej oferty albo dokonał je w sposób nieprawidłowy, np. nie wezwał wykonawcy do złożenia niezbędnych dokumentów czy wyjaśnień, pomimo istnienia uzasadnionych podstaw takiego wezwania. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek dokonać zaniechanych lub nieprawidłowo wykonanych czynności i – zgodnie z dokonanymi ustaleniami – ponownie ocenić ofertę.

164. Wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3600/23

Izba analizując treść odwołania w sprawie KIO 3275/23 uznała, że z treści odwołania wynikało, iż Odwołujący kwestionował m.in. fakt, że Zamawiający „zaniechał wykazania, jakie przepisy ustawy zostały naruszone poprzez „omyłkowe udzielenie odpowiedzi na pytanie”, jak również nie przedstawił na czym owo omyłkowe udzielenie odpowiedzi polegało – w tym wyraźnie nie wskazał którego pytania omyłka dotyczy ponadto w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania brak pełnej analizy stanu faktycznego i wskazania okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania.”.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że powyższe stanowisko było zasadne co wiązało się ze złożeniem oświadczenia o uwzględnieniu odwołania i ponowną oceną i badaniem ofert, w konsekwencji czego Zamawiający ponownie stwierdził, że postępowanie winno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W ocenie Izby Zamawiający dokonując w dniu 21 listopada 2023 r. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania miał prawo do ponownego badania i oceny ofert. Fakt natomiast, że w wyniku dokonanych czynności Zamawiający ponownie unieważnił postępowanie, a nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – co stanowiło przedmiot żądania odwołania w sprawie KIO 3257/23- nie może stanowić o naruszeniu przepisu art. 522 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, że niewątpliwie w świetle art. 522 ust.1 Pzp obowiązek wykonania żądań sformułowanych w odwołaniu musi być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w tym odwołaniu zarzutów. Ponadto powołany przepis – tak jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła, że Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu przetargowym, po oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania, wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwoła-

nia. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział natomiast możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi Zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Pzp regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami Odwoławczego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie mogą naruszać zasad i przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielania zamówienia publicznego, według których Zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu, wyboru najkorzystniejszej oferty lub w sytuacji, kiedy zaistnieją ku temu przesłanki dokonać unieważnienia postępowania.

Art. 525 ust. 1

165. Wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3239/23

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 31 października 2023 r., w związku z czym ustawowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 3 listopada 2023 r. Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy X doręczono Prezesowi Izby w dniu 6 listopada 2023 r., a zatem po upływie ww. terminu zawitego.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu. Wykonawca X wniósł pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej, na adres e-mail, przy użyciu którego obsługiwana jest korespondencja Izby, podczas gdy zgodnie z ww. przepisem tego rodzaju droga komunikacji nie została dopuszczona w przypadku odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie wykonawca przekazując przystąpienie drogą mailową nie wskazał żadnych okoliczności, które uprawdopodobniałyby jakiegokolwiek problemy techniczne uniemożliwiające przekazanie przystąpienia na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu (ePUAP). Tym samym zgłoszenie przystąpienia należało uznać za bezskuteczne.

166. Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3525/23

W zakresie przystąpienia Izba stwierdza, że zgodnie z art. 525 Pzp zgłoszenie przystąpienia przysługuje wykonawcy posiadającemu interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Warunkiem skorzystania z ochrony prawnej przewidzianej Pzp dla zgłaszającego przystąpienie jest więc posiadanie statusu wykonawcy i legitymacji do wniesienia środka. Zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp, przez wykonawcę należy „rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Status wykonawcy, co jest bezdyskusyjne, przysługiwać będzie podmiotowi, który ubiega się o udzielenie zamówienia, a więc złożył ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zakres podmiotów legitymowanych do wnoszenia przystąpienia winien uwzględniać dynamiczny charakter definicji wykonawcy zawartej w art. 7 pkt 30 Ustawy. Stąd na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przymiot wykonawcy będzie przysługiwał różnym grupom podmiotów, np. ci z wykonawców, którzy nie złożyli ofert, po upływie terminu składania ofert nie będą już wykonawcami. (...) W przedmiotowej sprawie ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia wykonawcy X zostali wykluczeni i ich oferta odrzucona, nie złożyli odwołania od wymienionych czynności a termin do złożenia środka zaskarżenia upłynął bezskutecznie przed zgłoszeniem przystąpienia. Wobec niezłożenia środka zaskarżenia wraz z upływem terminu na dokonanie rzeczonyj czynności wykonawcy świadomie i dobrowolnie zrezygnowali z dalszego udziału w postępowaniu i w konsekwencji utracili status wykonawcy i wiążące się z nim prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym zgłoszenia przystąpienia. Stąd Izba uznając zgłoszenie przystąpienia za bezskuteczne odmówiła X prawa udziału w postępowaniu odwoławczym.

167. Postanowienie z dnia 16 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3951/23

Jak Izba ustaliła Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 28 grudnia 2023 r., a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 2 stycznia 2024 r. W dniu 3 stycznia 2024 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przystąpienia wykonawcy X nadane w dniu 30 grudnia 2023 r. w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe.

Izba zauważa, że w zakresie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy pzp Ustawodawca nie przewidział skutku doręczenia Prezesowi Izby w dacie nadania zgłoszenia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1640), jak w przypadku wniesienia skargi, zgodnie z dyspozycją art. 580 ust. 2 ustawy pzp (tak też:

Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 12 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1577/13). W konsekwencji, niewątpliwie zgłoszenie przystąpienia, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 3 stycznia 2024 r. należało uznać za nieskuteczne z uwagi na niedochowanie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy pzp, który to termin nie podlega przywróceniu.

Ponadto, Izba zauważa, że zgłaszający przystąpienie nie złożył podpisu na przystąpieniu, a do wniesienia pisma w formie pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu (art. 78 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny, t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm.).

Art. 526 ust. 2

168. Wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3207/23

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego i wobec tego stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę X. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Izba uznała, że wykonawca ten z uwagi na nakazanie odrzucenia jego oferty przez Izbę w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23, czego – według własnego oświadczenia złożonego na posiedzeniu Izby w dniu 10 listopada 2023 r. – nie zaskarżył i nie może już zaskarżyć skargą do Sądu Okręgowego w Warszawie z uwagi na upływ terminu zawitego z art. 580 ust. 2 ustawy PZP, stracił już status aktywnego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca ten nie bronił dalej swojej oferty w postępowaniu. Zaakceptował stan rzeczy wynikający z treści wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2816/23 i pogodził się z rozstrzygnięciem Izby w przedmiocie odrzucenia jego oferty z postępowania. W konsekwencji również wykonawca ten nie ma jakiegokolwiek interesu w tym, aby zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skoro po odrzuceniu jego oferty nie bierze już aktywnego udziału w tym postępowaniu przetargowym i nie ma już żadnych szans na uzyskanie w jego ramach zamówienia publicznego.

Art. 528 pkt 1

169. Postanowienie z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3127/23

Aktualne wartości kwotowe przypisywane poszczególnym progom unijnym są określone w Załączniku do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. (Monitor Polski poz. 1177) „Aktualne progi unijne, ich równowartość w złotych oraz równowartość w złotych kwot wyrażonych w euro

w ustawie – Prawo zamówień publicznych”. W przypadku zamówień na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających sektorowych – próg unijny wynosi 431 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 919 502 zł, a w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych – wynosi 5 382 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł. W przedmiotowej sprawie wartość zamówienia (na usługi) wynosi 1 532 200,00zł, a zatem jest to wartość niższa niż przewidują progi unijne dla zamówień sektorowych, a zatem nie mamy w tym przypadku do czynienia z zamówieniem, do którego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji, w niniejszej sprawie nie mają także zastosowania przepisy ustawy Pzp dotyczące środków ochrony prawnej. Tym samym wniesione odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp.

Art. 528 pkt 2

170. Postanowienie z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3015/23

Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż nie ma statusu wykonawcy, a to w związku z tym, iż nie złożył oferty z przyczyn od niego niezależnych, a prawo do wniesienia odwołania wywodzi z prawa przyznanego „innym podmiotom” do korzystania z środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego KIO, Odwołujący nie mógł powołać się na status „innego podmiotu”, któremu przepisy Ustawy przyznają prawo do wniesienia odwołania. Kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje – jak wskazuje się w orzecznictwie – potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). Stanowisko to podtrzymane zostało również w aktualnym orzecznictwie, już po zmianie Ustawy, między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24.02.2022 r., sygn. akt KIO 424/22.

171. Wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3201/23

Kwestionowanie statusu wykonawcy, prowadzące do odrzucenia odwołania na podstawie wskazanego przepisu wymagałoby stwierdzenia, iż w momencie wnoszenia odwołania ostatecznym stało się odrzucenie oferty tego wykonawcy, co w świetle orzecznictwa stanowi podstawę do uznania, iż podmiot taki traci status wykonawcy i możliwość korzystania z ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego w postępowaniu, w którym nie ma już jego oferty (tak m.in. w postanowieniu z 18.02.2022, sygn. akt KIO 327/22, postanowieniu z 13.04.2022, sygn. akt KIO 900/22, postanowieniu z 31.05.2022 r., sygn. akt KIO 1400/22, postanowieniu z 16.09.2022 r., sygn. akt KIO 2301/22, postanowieniu z 10.10.2022 r., sygn. akt KIO 2551/22). Ochrona prawna przysługuje wykonawcy, który może jeszcze za-

mówienie uzyskać. Orzecznictwo, w tym europejskie wskazując na możliwość zaskarżenia przez wyeliminowanego wykonawcę czynności zamawiającego wyboru oferty innego wykonawcy, ogranicza to prawo zaskarżenia wyłącznie do sytuacji, gdy obie czynności (wykluczenia/odrzucenia i wyboru oferty) podjęto jednocześnie, a czynność odrzucenia oferty nie stała się prawomocna (patrz. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.04.2021, sygn. akt XXIII Zs 10/21). Orzecznictwo TSUE wskazuje też, że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania można odmówić dostępu do odwołania od decyzji w sytuacji gdy decyzja o wykluczeniu została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało mocy powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania (wyrok z dnia 21.12.2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*).

W niniejszej sprawie Odwołujący kwestionuje jednocześnie czynność odrzucenia oferty własnej i wyboru oferty najkorzystniejszej, które to czynności stanowiły o wyniku postępowania, którego uprawomocnienie prowadzić będzie, w zależności od rozstrzygnięcia, do utraty przez Odwołującego, bądź nie, statusu wykonawcy. Argumenty Przystępującego i Zamawiającego związane były z zakresem objęcia zaskarżeniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co przesądzone może być dopiero po rozpoznaniu zarzutów, a nie na etapie badania formalnego i legitymacji wykonawcy wnoszącego odwołanie. Nie mogą one zatem mieć znaczenia dla samego badania statusu wykonawcy na moment wniesienia odwołania, a ten nie został ostatecznie przesądzony, tzn. wykonawca nie był skutecznie odrzucony, a odwołanie ma celu przywrócenie jego oferty do oceny. Rozpoznanie zarzutów w zakresie podniesionym w środku odwoławczym uwzględniać będzie musiało ewentualny wpływ naruszenia przepisów na wynik postępowania. Jest to element rozpoznania, a nie badania od strony formalnej dopuszczalności odwołania.

172. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3777/23

Izba wskazuje, że w rozpoznawanych okolicznościach faktycznych mamy do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc przedmiotowe odwołanie Odwołujący formalnie był aktywnym uczestnikiem postępowania tj. wykonawcą. Jak bowiem wynika z dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego (sprawa o sygn. akt KIO 3584/23).

W związku z powyższym Odwołujący w momencie wniesienia rozpoznawanego odwołania (tj. 17 grudnia 2023 r.) w dalszym ciągu brał udział w postępowaniu, gdyż jego oferta nie została jeszcze prawomocnie odrzucona. Innymi słowy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie miała charakteru ostatecznego, ponieważ podlegała procedurze odwołania, w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3584/23 w której wyrok

zapadł dnia 19 grudnia 2023 r.). Tym samym jednoznacznie wynika, iż Odwołujący w określonym przepisami terminie kwestionował czynność odrzucenia jego oferty. Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że nie zaistniała przesłanka od odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp i w związku z tym postanowiła oddalić wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na tej podstawie.

173. Postanowienie z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3841/23

Zdaniem Izby zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione przez następujący podmiot: X. Z kolei ani z treści wniesionego odwołania, ani z załączonych do niego dokumentów nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, aby odwołanie zostało wniesione przez obydwo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. przez odwołującego, jak też przez spółkę Y.

Izba wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy PZP, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy PZP. Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, iż odwołujący nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. W szczególności odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy PZP.

Wskazać należy, że podmiot jakim jest X nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu. Oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum firm X (lider konsorcjum) oraz Y (członek konsorcjum). Powyższe wynika choćby z załączonych do odwołania dokumentów, tj. informacji z otwarcia ofert.

Izba pragnie podkreślić, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 ustawy PZP, są podmioty wspólnie składające ofertę. Przepis ten bowiem nakazuje stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne - przysługuje także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku podmiotom działającym samodzielnie,

wchodzącym w skład konsorcjum.

Po analizie odwołania oraz załączonych do niego dokumentów należy stwierdzić, że nie wynika z nich wola odwołującego do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum. Do odwołania nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania odwołującego w imieniu innym niż własne.

Mając na uwadze powyższą argumentację, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione samodzielnie przez odwołującego X należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę art. 528 pkt 2 ustawy PZP i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania.

Art. 528 pkt 3

174. Postanowienie z dnia 1 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2491/23

Izba wskazuje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie ma znaczenia data stempla pocztowego (data nadania). Podkreślić należy, iż w ustawie Pzp nie zawarto przepisów, które wskazywałyby, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jego wniesieniem, taką regulację przewidziano wyłącznie w odniesieniu do skargi na orzeczenie Izby (por. art. 580 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp). W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie (por. m.in. postanowienie z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 86/22, postanowienie z dnia 7 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3779/21, postanowienie z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 287/21). Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu.

175. Wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23

Skład orzekający zgadza się z zamawiającym, iż okoliczności faktyczne przedmiotowego zarzutu dotyczą treści dokumentacji postępowania, w której odwołujący upatrywał wady, która miałyby skutkować unieważnieniem postępowania (zdaniem odwołującego wadą postępowania jest określenie przez zamawiającego wymogu dołączenia do oferty przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu CE, który nie jest wydawany/brak prawidłowego określenia dokumentu równoważnego w SWZ, *vide* str. 21 odwołania). Zatem omawiany zarzut oparto na okolicznościach, które były znane odwołującemu od momentu opublikowania dokumentacji postępowania w dniu 12 lipca 2023 r., co powoduje, że zarzut w tym przedmiocie powinien zostać postawiony w terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p., który skutecznie upłynął w dniu 24 lipca 2023 r.

W szczególności, że w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności, które mogłyby obiektywnie usprawiedliwiać działanie odwołującego, który dopiero po odrzuceniu jego oferty, pod pozorem postawienia zarzutu unieważnienia postępowania, kwestionuje prawidłowość ukształtowania dokumentacji przez zamawiającego. A nawet gdyby przyjąć – z czym skład orzekający się nie zgadza – że termin na zaskarżenie rzekomej wady dokumentacji postępowania miałby zostać liczony na kanwie art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p., czyli od dnia, w którym powzięto lub przy należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, to nadal byłby to dzień, w którym opublikowano ogłoszenie o zamówieniu i SWZ. Natomiast odwołujący przed złożeniem oferty nie ujawniał nawet konieczności wyjaśnienia jak rozumieć wymogi SWZ, nie zaskarżył treści wezwania zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie rzekomo wadliwej dokumentacji postępowania, a teraz oczekuje pozytywnych skutków swojej bierności.

Środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania korekty czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią profesjonalnego obrotu gospodarczego, więc od jego uczestników wymaga się zachowania odpowiadającego podwyższonemu miernikowi zawodowej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zachowanie należytej staranności w działaniu polega także na podejmowaniu właściwych działań zabezpieczających interes wykonawcy, w tym na terminowym wnoszeniu środków ochrony prawnej.

176. Wyrok z dnia 4 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23

(...) Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego X, zgodnie z którym odwołanie Y podlegać winno odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jak ustaliła Izba, Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcę X oraz Konsorcjum Z. Odwołujący Y nie został natomiast do aukcji zaproszony. Według Konsorcjum X, to właśnie z tym dniem Odwołujący Y winien był powziąć informację o wykluczeniu go z postępowania, skoro nie zostało mu przekazane zaproszenie do aukcji. W ocenie składu orzekającego taki wniosek nie jest uprawniony w okolicznościach tej sprawy. Podkreślić należy, że z art. 232 ust. 1 Pzp wynika, że Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, natomiast zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z powyższych przepisów wynika więc, że z jednej strony Zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje

wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym wykonawca, który nie został zaproszony do aukcji elektronicznej, nawet jeśli samodzielnie poweźmie informację o przeprowadzeniu tej aukcji i na tej podstawie zorientuje się, że jego oferta prawdopodobnie została odrzucona, nadal – do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty – nie zna powodów jej odrzucenia. Nie zostało wykazane przez Konsorcjum X, że Odwołujący Y poznał te powody na wcześniejszym etapie postępowania.

Bez znajomości powodów odrzucenia swojej oferty, wykonawca nie ma możliwości skutecznego zakwestionowania tego odrzucenia poprzez wskazanie choćby zarzutów i niezgodności czynności zamawiającego z przepisami Pzp, a nie może też zarzucić Zamawiającemu zaniechania poinformowania go o powodach odrzucenia, gdyż – jak wskazano już wyżej – obowiązek ten materializuje się po stronie zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Tymczasem Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący Y dowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty dopiero w dniu 31 października 2023 r. W tym bowiem dniu Zamawiający przekazał mu informację, w której w sposób wyraźny wskazał podstawy faktyczne i prawne swojej czynności.

W konsekwencji skład orzekający Izby stwierdził, że termin na wniesienie odwołania w sprawie KIO 3376/23 nie mógł być liczony od dnia, w którym Odwołujący Y nie otrzymał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a w związku z tym o prawdopodobnym odrzuceniu jego oferty, skoro nie miał on żadnej wiedzy co do odrzucenia jego oferty, a zatem nie mógł skutecznie zakwestionować czynności Zamawiającego. Podstawy prawne i faktyczne odrzucenia ich ofert Odwołujący Y uzyskał jak wskazano wyżej dopiero w dniu 31 października 2023 r. i dopiero od tego dnia biegł termin na wniesienie przez niego odwołania.

177. Wyrok z dnia 4 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3814/23, KIO 3815/23

W ocenie Izby zarzuty, które zostały podniesione w obu odwołaniach, powinny być podniesione już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, opierają się one bowiem w całości na okolicznościach faktycznych zaistniałych przed tym pierwszym wyborem.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołanie – w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne – wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W rozpoznawanych sprawach podstawą wniesienia odwołań jest decyzja Zamawiającego o nieodrzuconiu oferty Przystępującego, o czym Odwołujący zostali poinformowani już 13 października 2023 r. Należy wziąć pod uwagę, że istotą zarzutów są wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego 7 września 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie z 29 sierpnia 2023 r.,

a o ocenie tych wyjaśnień Zamawiający poinformował już w dniu 13 października 2023 r., przedstawiając informację, zgodnie z którą oferta ta została sklasyfikowana na drugim miejscu i w żadnej z części zamówienia nie podlega odrzuceniu. Natomiast po tej dacie nie pojawiły się żadne nowe czynności Zamawiającego, które stanowiłyby podstawę obecnie podnoszonych zarzutów. Zarzuty te w całości odnoszą się do zdarzeń sprzed tej daty.

Tymczasem Odwołujący nie wnieśli odwołań wobec czynności Zamawiającego z 13 października 2023 r., mimo że mogli to zrobić zarówno w odniesieniu do oferty Przystępującego, jak i wykonawcy X. Już wówczas Odwołujący posiadali legitymację do wniesienia odwołania i mogli wykazać potencjalną szkodę związaną z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, a zarzuty, które były już wtedy możliwe do podniesienia, mogłyby prowadzić do zmiany wyniku postępowania. Odwołujący dysponowali wówczas takimi samymi jak obecnie informacjami dotyczącymi oferty Przystępującego, tj. znali treść udzielonych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz dokonaną przez Zamawiającego ocenę tych wyjaśnień. Ponadto, jak pokazało postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 3160/23, możliwe było skuteczne podniesienie zarzutów wobec wykonawcy X, co mogłoby prowadzić do wyboru ofert Odwołujących jako najkorzystniejszych. Jeśli Odwołujący z jakiegóż przyczyny nie skorzystali z tej możliwości, to nie mogą obecnie przywracać sobie terminu na takie zaskarżenie, odwołując się do daty dokonania drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 528 pkt 5

178. Wyrok z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3071/23

Izba stwierdziła, że w zakresie, w jakim zarzut nr 2 dotyczył nieprzyznania ofercie Odwołującego punktów w kryterium DPBS1 (doświadczenie projektanta branży sanitarnej – 15%) ziściła się przesłanka odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W dniu 21.08.2023 r. spółka X (obecny Przystępujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Y (obecny Odwołujący) wskazując m.in., że Zamawiający niezasadnie przyznał tej ofercie punkty w kryterium oceny ofert DPBS1. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, zaś spółka Y, mimo przystąpienia do ww. postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniosła sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało zatem umorzona (KIO 2476/23), zaś Zamawiający dokonał czynności zgodnie z jednym z zawartych w tym odwołaniu żądań, czyli w wyniku powtórnej czynności oceny ofert nie przyznał ofercie Y punktów w kryterium DPBS1. W obecnym odwołaniu Odwołujący kwestionuje m.in. fakt nieprzyznania

punktów jego ofercie właśnie w kryterium DPBS1, twierdząc, że w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2476/23 nie miał interesu we wniesieniu sprzeciwu. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, gdyż uwzględnienie odwołania w sprawie KIO 2476/23 prowadziło przecież do utraty wszystkich 15 punktów przyznanych pierwotnie jego ofercie w kryterium DPBS1, zatem interes spółki Y (wówczas przystępującego) we wniesieniu sprzeciwu był oczywisty i jeżeli spółka miała argumenty przemawiające za utrzymaniem pierwotnie przyznanej punktacji, to powinna je przedstawić po wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania. Natomiast kwestionowanie faktu nieprzyznania punktacji w tymże kryterium w obecnym odwołaniu stanowi w istocie próbę naprawienia błędu polegającego na braku wniesienia sprzeciwu w sprawie KIO 2476/23 i jest działaniem niedopuszczalnym w świetle art. 527 ustawy Pzp. Nieprzyznanie bowiem tej ofercie punktów w kryterium DPBS1 jest czynnością Zamawiającego wykonaną zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie KIO 2476/23, zatem ziściły się przesłanki z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp i odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego tej właśnie czynności podlega odrzuceniu.

Art. 528 pkt 6

179. Wyrok z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3412/23

(...) art. 528 pkt 6 ustawy Pzp odwołuje się do art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, który nie przewiduje obowiązku przekazania zamawiającemu odwołania zgodnie z zasadami komunikacji określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, a jedynie wskazuje na obowiązek przekazania odwołania w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej. Skoro Odwołujący przekazał zeskanowane odwołanie wiadomością e-mail, to znaczy że przekazał je w postaci elektronicznej. Tym samym dochował wymogów wynikających z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Art. 537 pkt 1

180. Wyrok z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3909/23

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby cena oferty podwykonawcy X była nierynkowa. Jakkolwiek art. 537 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to powyższe nie zwalania wykonawcy wnoszącego odwołanie z obowiązku przedstawienia twierdzeń i dowodów na poparcie stawianych tez, w tym z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada opisana w art. 537 pkt 1 usta-

wy Pzp nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub zamawiającego (por. m.in. wyrok z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21). W przedmiotowym przypadku Odwołujący w sposób wyłączenie hasłowy wskazał na przyjęte przez niego w oparciu o bliżej nieokreślone oferty podwykonawców kwoty, które miałyby potwierdzać nierynkowość kosztów wynagrodzenia podwykonawcy X, ofert tych jednak nie przedstawił. Odwołujący nie złożył też żadnych innych dowodów, które podawałyby w wątpliwość realność przyjętych przez Przystępującego (i podwykonawcę X) kosztów. (...) Izba miała ponadto na uwadze, iż Przystępujący w treści wyjaśnień wskazał konkretny zakres zaangażowania personelu podwykonawców, z uwzględnieniem szacowanej liczby roboczogodzin. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił konkretnych twierdzeń, w odniesieniu do których osób z personelu podwykonawców nieprawidłowo oszacowano liczbę roboczogodziny czy zaniżono koszty wynagrodzenia, pomimo iż dysponował szczegółowymi informacjami o założeniach przyjętych przez Przystępującego.

Art. 541

181. Wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3074/23, KIO 3082/23

W tym miejscu Izba wskazuje, że działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wnioski dowodowe o powołanie biegłego zgłoszone przez Odwołującego 2 i Przystępującego X. W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na rozpoznanie odwołania i nie były wymagane w związku w tym wiadomości specjalne. Tymczasem, jak stanowi art. 539 ust. 2 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Taka potrzeba w ocenie Izby nie zachodzi w tej sprawie odwoławczej. Izba przypomina, że podstawą rozstrzygnięcia była okoliczność, że w sprawie pojawiły się nowe okoliczności w tym dowody, powodujące zmianę stanu wiedzy Zamawiającego na temat spornej inwestycji, którymi nie dysponował on w momencie podjęcia skarżonej decyzji. Ponadto, zdaniem Izby, co do zasady to inwestor jest podmiotem mającym pełną wiedzę na temat własnej inwestycji. Sporne zamówienie było wykonane w taki sposób, że Inwestor płacił wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonaną długość torowiska, wobec czego Inwestor powinien mieć pełną wiedzę na temat długości torowiska, za którą zapłacił, tym samym rzeczywista długość torowiska powinna wynikać z dokumentacji tej inwestycji. Jeśli Inwestor odkrył błędy w dokumentacji powykonawczej, które wymagały korekty, gdyż doszło do licznych zaokrągłeń podczas zliczania wartości dotyczących poszczególnych odcinków torowiska, to oczywistym jest, że musiało dojść do odpowiedniej korekty tej dokumentacji w tym zakresie. Ujawnione w sprawie

okoliczności nie wskazywały na to, aby pomiary były źle wykonane. Wobec powyższego, Izba uznała zgłoszone wnioski o powołanie biegłego za niezasadne.

Art. 549 ust. 4

182. Wyrok z dnia 8 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3562/23

W konsekwencji należy uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron i uczestników stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której zachodzi koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników lub na rozprawę, co do zasady będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do takiej czynności ze strony przystępującego po tej samej stronie.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący ten może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, w tym ze złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Art. 551 ust. 2

183. Wyrok z dnia 27 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1985/23

Zgodnie z art. 551 ust. 2 ustawy Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. W świetle wyrażonej w art. 535 ustawy Pzp zasady, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ustawodawca w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie wprowadził prekluzji dowodowej w postępowaniu odwoławczym, dając stronom i uczestnikom stosunkową szerokie prawa w zakresie dowodzenia faktów, z których wywodzą

skutki prawne. Instytucja otwarcia rozprawy na nowo ze swej natury ma charakter wyjątkowy i może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdy po zamknięciu rozprawy ujawnią się nowe okoliczności, które nie były i nie mogły być przy zachowaniu należytej staranności stron (odpowiednio uczestnikowi) wcześniej znane. Nie mogą natomiast stanowić podstawy do otwarcia rozprawy na nowo okoliczności czy dowody, które strona (uczestnik) mogła przedstawić w trakcie rozprawy, a jedynie brak wystarczającej staranności spowodował ich nieprzedstawienie.

Art. 554 ust. 1 pkt 1

184. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3437/23

Izba wskazuje, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Legalność jest jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym

Art. 555

185. Wyrok z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3044/23

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

186. Wyrok z dnia 16 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3265/23

(...) kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. (...)

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w oczywisty sposób nie sprostął temu, gdyż *de facto* nie podważył treści wyjaśnień pod względem merytorycznym, a ograniczył się niemal wyłącznie do kwestionowania odstąpienia przez Zamawiającego od poprzednio prezentowanego stanowiska lub powierzchownego prezentowania okoliczności, które nie tylko nie zostały udowodnione, ale wręcz nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

187. Wyrok z dnia 1 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3437/23

Wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Zadaniem Odwołującego jest także wyjaśnienie, dlaczego postulowana zmiana SWZ prowadzić będzie do konwalidacji czynności, której wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

188. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23

Uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozzerwalny element podniesienia w odwołaniu zarzutów odwołania określa jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, 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. (...) 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 zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. (...) Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie z zasadą orzekania w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika to również z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu argumentację/ stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej.

Art. 568 pkt 2**189. Postanowienie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2637/23**

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne (...) Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 22 września 2023 r. dokonał modyfikacji treści SWZ w zakresie zakwestionowanych przez odwołującego w odwołaniu postanowień pkt 25.2 i 25.3 lit. a wzoru umowy co spowodowało, że treść warunków zamówienia, wobec których odwołujący wniósł odwołanie już nie istnieje.

(...) Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jak wynika z powyższego przepisu Izba przy wyrokowaniu ma obowiązek wzięcia pod uwagę okoliczności istniejące na moment wyrokowania. W analizowanej sprawie stan faktyczny był zaś taki, że na moment wyrokowania zamawiający dokonał już zmiany postanowień pkt 25 SWZ, kwestionowanych przez odwołującego w odwołaniu. (...) W ocenie Izby rozpoznanie odwołania wobec historycznych postanowień SWZ, w sytuacji, w której Izba z jednej strony ma obowiązek, zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp wziąć pod uwagę obecne brzmienie postanowień SWZ, a z drugiej strony, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może dopuścić do formułowania przez odwołującego nowych zarzutów wobec tych nowych postanowień, mogłoby dorowadzić do sytuacji, w której naruszona zostałyby w trakcie rozprawy zasada równości stron postępowania odwoławczego, a odwołujący mógłby zostać częściowo pozbawiony możliwości obrony swych praw. Odwołujący, aby osiągnąć swój cel, musiałby bowiem zwalczać przy pomocy nowych zarzutów obecne postanowienia SWZ, co jest z przyczyn formalnych, niedopuszczalne w ramach tego postępowania odwoławczego.

Odwołującemu przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania wobec nowo sformułowanych przez zamawiającego w dniu 22 września 2023 r. postanowień SWZ. W ramach nowego postępowania odwoławczego, odwołujący, nie będąc związany ograniczeniami procesowymi, przy pełnym poszanowaniu zasad równowagi stron postępowania odwoławczego, będzie miał prawo do sformułowania precyzyjnych zarzutów przystających do nowych postanowień SWZ.

190. Postanowienie z dnia 20 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2663/23

Unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, przestała istnieć. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (w tym wypadku: czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) nie istnieje, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

191. Postanowienie z dnia 4 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2772/23

Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 września 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność podjętą uprzednio w Postępowaniu tj. czynność unieważnienia Postępowania z dnia 14 września 2023 r. w zakresie zadania nr 2.

(...) Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że dalsze postępowanie stało się zbędne i działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze (...) Zbędność postępowania odwoławczego wyni-

ka z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy bowiem podkreślić, że przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. unieważnił czynność unieważnienia Postępowania z dnia 14 września 2023 r. w zakresie zadania nr 2, a więc zasadnym jest stwierdzenie, że wobec unieważnienia przez X czynności objętej odwołaniem, nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. (...) Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W wyniku przeprowadzenia nowych czynności przez X, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od ewentualnie stwierdzonych przez wykonawcę wadliwych czynności lub zaniechań Zamawiającego.

192. Postanowienie z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt: KIO 3100/23

Zamawiający 24 października 2023 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 310 ustawy Pzp. Informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została przekazana wykonawcom oraz opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania 24 października 2023 r. Do Izby nie wpłynęła informacja, aby czynność unieważnienia postępowania została zaskarżona. Co za tym idzie, w związku ze skutecznym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzenie postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem z dnia 18 października 2023 r. stało się zbędne, a przyczyną tą jest skuteczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

193. Postanowienie z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3695/23

Zamawiający w dniu 15 grudnia 2023 roku zmodyfikował treść SWZ w zakresie punktu 1.5.8.7.1 w zakresie podpunktów: c, h, j, k, l, m, o, p, v, z Załącznika nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego lub na moment zamknięcia posiedzenia z udziałem stron jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie bądź do czasu zamknięcia posiedzenia z udziałem stron i skierowania sprawy do rozpoznania na rozprawie w zakresie poddającym się rozpoznaniu.

W tym przypadku Zamawiający dokonała zmian (modyfikacji) postanowień SWZ w zakresie punktu 1.5.8.7.1 w zakresie podpunktów: c, h, j, k, l, m, o, p, v, z Załącznika nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany postanowień opisu przedmiotu zamówienia we wskazanym wyżej zakresie, który pokrywa się również w tym zakresie z podstawą faktyczną wniesienia odwołania, to w efekcie czynności Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2023 roku przestała istnieć podstawa wniesienia środka ochrony prawnej (brak substratu zaskarżenia). Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Tym samym stwierdzić należy, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego, we wskazanym wyżej zakresie, jest zbędne.

194. Postanowienie z dnia 4 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3771/23

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż Zamawiający do chwili zamknięcia posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania nie opublikował żadnych modyfikacji w zakresie dokumentów zamówienia, zatem nie można zgodzić się z Odwołującym, iż treść zaskarżonych postanowień uległa zmianie. Tym samym nie odpadł substrat zaskarżenia, gdyż deklarowane przez Zamawiającego zmiany nie zostały jeszcze dokonane, a zaskarżone postanowienia pozostają w mocy. Ponadto Izba zauważyła, iż Zamawiający - poza uwzględnieniem odwołania w zakresie żądania z pkt 3.2.1 – zadeklarował w odpowiedzi na odwołanie wyłącznie modyfikację postanowień rozdziału X ust. 2 pkt 4 lit. d) i e) SWZ, do tego w sposób jedynie częściowo wypełniającą żądania z pkt 3.2.2 oraz 3.2.4 odwołania. W pozostałym zakresie Zamawiający jednoznacznie wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na bezzasadność argumentacji Odwołującego. Nie mamy tu zatem do czynienia z sytuacją, w której dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, o której mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 575

195. Wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3718/23

Jednocześnie Izba nie stwierdziła podstaw do tego, aby zasądzić od Odwołującego na rzecz Uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy X zwrot kosztów postępowania odwoławczego. W świetle obecnie obowiązujących przepisów prawa regulujących przebieg postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą warunkiem zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy chociażby oddaleniu zarzutów odwołania w czę-

ści, jest częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wniesieniu skutecznego sprzeciwu przez wykonawcę, które wcześniej zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jednakże taka sytuacja procesowa nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu. Stąd też brak było podstaw do uwzględnienia wniosku uczestnika postępowania odwoławczego i do zasądzenia na jego rzecz od Odwołującego zwrotu kosztów tego postępowania.

Art. 578 ust. 2 pkt 1

196. Postanowienie z dnia 16 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO/W 15/23

Wynikający z art. 577 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma zatem charakteru kategorycznego. Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące z nich korzyści. Decyzja o niezastosowaniu środków tymczasowych pozostaje bez uszczerbku dla wszelkich pozostałych roszczeń podmiotu wnoszącego o zastosowanie takich środków.

197. Postanowienie z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO/W 23/23

Na wstępie należy wskazać, iż przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy są weryfikowane niezależnie od rozstrzygnięcia w sprawie odwołania, które podlega ocenie między innymi przez pryzmat oceny wpływu stwierdzonych naruszeń ustawy Pzp na wynik postępowania. Oznacza to, iż Izba rozpoznając wniosek zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy dokonuje zważenia interesów,

które mogą doznać uszczerbku. Z jednej strony jest nim interes publiczny związany zasadniczo z celem zamówienia przetargowego i możliwością uzyskania oczekiwanych efektów, co również należy oceniać przez pryzmat poszanowania reguł udzielania zamówień publicznych. Z drugiej strony Izba po stwierdzeniu możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego zobowiązana jest zestawić ten skutek z korzyściami związanymi z koniecznością ochrony interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przenosząc powyższe na okoliczności wykazane we wniosku Zamawiającego, Izba uznała, iż wydłużenie procedury na skutek odwołania może prowadzić do negatywnego skutku w postaci utraty dofinansowania, a w konsekwencji braku wykonania zamówienia, mając na uwadze czas jaki pozostał do końca roku, w jakim Zamawiający musi dokonać wydatkowania środków przeznaczonych na ten cel. Z drugiej strony pozostawało do rozstrzygnięcia, po pierwsze czy w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia może dojść do uszczerbku w interesie podmiotu składającego odwołanie. Dopiero potwierdzenie takiego prawdopodobieństwa oznaczać będzie konieczność zważenia potrzeby ochrony tych interesów.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż nie zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w interesie Odwołującego, do czego miałyby prowadzić czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uwzględniając spójność przepisów regulujących środki ochrony prawnej, ochrona interesu rozumiana powinna być przez pryzmat interesu, dla którego znaczenie miałyby mieć czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tak jak w przypadku odwołania, również instytucja zakazu zawarcia umowy, mają na celu stworzenie warunków do ochrony interesu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze stan sprawy wynikający z braku złożenia oferty przez wnoszącego odwołanie, co nie miało związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, nie można było stwierdzić, iż czynność ta może stwarzać ryzyko uszczerbku po stronie wnoszącego odwołanie. Podmiot ten nie złożył oferty i to tą czynnością faktycznie zaprzeczył możliwości stwierdzenia istnienia ryzyka doznania uszczerbku na skutek czynności podjętych w postępowaniu. Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż dopuszczenie możliwości zgłaszania zarzutów na etapie czynności kończących postępowanie przez podmiot, który nie brały w nim udziału, nie byłoby do pogodzenia z instytucją interesu w uzyskaniu zamówienia i jego ochrony, której służą środki ochrony prawnej w tym przyjęte na potrzeby zapewnienia realności tej ochrony, zakaz zawarcia umowy do czasu wydania rozstrzygnięcia przez KIO.

Art. 578 ust. 2 pkt 2**198. Postanowienie z dnia 9 października 2023 r., sygn. akt:
KIO/W 21/23**

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnioskując o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, zadaniem zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji zamawiającego, pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający powyższej okoliczności nie uprawdopodobnił.

Izba wskazuje, że już samo poprzestanie na przedstawieniu tak lakonicznego uzasadnienia powoduje bezzasadność wniosku. Ponadto, argumentacja Zamawiającego o cenie oferty Odwołującego przewyższającej kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może stanowić podstawy dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Pzp precyzuje, w jakich okolicznościach Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, a taka możliwość stanowi wyjątek od wynikającej z art. 577 ustawy Pzp zasady. Oznacza to, że ww. przepis nie może być interpretowany rozszerzająco. Zresztą Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, ani nie bada kwestii związanej z interesem we wniesieniu odwołania. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałyby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania.

Równocześnie należy podkreślić, że art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp referuje wprost do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”. Oznacza to, że zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy jest jedynym celem wykonawcy i w kontekście niniejszej sprawy oznacza, iż wykonawca nie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby było ono udzielane w trybie konkurencyjnym. Odwołanie wniesione przez wykonawcę jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W przedmiotowym przypadku trudno uznać, aby Odwołujący wnosząc odwołanie działał w takim właśnie celu.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aktualność dokumentów - 93 (KIO 3239/23)

C

Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym - 180 (KIO 3909/23)

Cofnięcie odwołania - 162 (KIO 3687/23)

D

Dokument elektroniczny - 97 (KIO 3604/23)

Dowód z opinii biegłego - 181 (KIO 3074/23, KIO3082/23)

I

Interes w uzyskaniu zamówienia - 154 (KIO 1927/23), 155 (KIO 2963/23), 156 (KIO 2980/23), 157 (KIO 3393/23), 158 (KIO 3412/23), 159 (KIO 3779/23)

K

Konsorcjum - 54 (KIO 2367/23), 55 (KIO 3517/23), 96 (KIO 3637/23), 98 (KIO 2369/23), 173 (KIO 3841/23)

Koszty postępowania odwoławczego - 195 (KIO 3718/23)

Kryteria oceny ofert - 136 (KIO 2496/23), 137 (KIO 3121/23), 138 (KIO/KD 15/23)

Kwota na sfinansowanie zamówienia - 75 (KIO 3551/23)

O

Odrzucenie oferty:

- błąd w obliczeniu ceny - 126 (KIO 2307/23, KIO 2308/23, KIO 2310/23, KIO 2311/23), 127 (KIO 2442/23), 128 (KIO 2468/23), 129 (KIO 2463/23), 130 (KIO 3511/23), 131 (KIO 3520/23), 132 (KIO 3576/23)
- czyn nieuczciwej konkurencji - 110 (KIO 2097/23), 111 (KIO 3102/23), 112 (KIO 3537/23), 113 (KIO 3569/23), 114 (KIO 3641/23)
- niezgodność z przepisami ustawy - 98 (KIO 2369/23), 99 (KIO 3391/23)
- niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - 94 (KIO 1935/23), 95 (KIO 2876/23), 96 (KIO 3637/23)
- niezgodność z warunkami zamówienia - 100 (KIO 2115/23), 101 (KIO 2109/23), 102 (KIO 2210/23), 103 (KIO 2591/23), 104 (KIO 3310/23), 105 (KIO 3303/23), 106 (KIO 3434/23), 107 (KIO 3576/23), 108 (KIO 3610/23), 109 (KIO 3692/23)
- niezłożenie podmiotowych środków dowodowych - 97 (KIO 3604/23)
- rażąco niska cena - 90 (KIO 3091/23), 91 (KIO 3394/23), 92 (KIO 3486/23), 115 (KIO 2965/23), 116 (KIO 3005/23), 117 (KIO 3594/23), 118 (KIO 3640/23), 119 (KIO 3676/23), 120 (KIO 3708/23), 121 (KIO 3716/23), 122 (KIO 3753/23), 123 (KIO 3783/23), 124 (KIO 3817/23), 125 (KIO 3909/23)
- wadium - 133 (KIO 2704/23), 134 (KIO 2708/23), 135 (KIO 3696/23)

- Odrzucenie odwołania:
 - odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku/zgodnie z żądaniem – 178 (KIO 3071/23)
 - odwołanie (zarzuty) wniesione po terminie - 174 (KIO 2491/23), 175 (KIO 3168/23), 176 (KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23), 177 (KIO 3814/23, KIO 3815/23)
 - nieprzekazanie zamawiającemu odwołania albo jego kopii – 179 (KIO 3412/23)
 - podmiot nieuprawniony – 170 (KIO 3015/23), 171 (KIO 3201/23), 172 (KIO 3777/23), 173 (KIO 3841/23)
 - w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy – 169 (KIO 3127/23)
 - Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (*ex ante*) - 74 (KIO 3133/23)
 - Omyłka:
 - inna omyłka niepowodująca istotnych zmian treści oferty – 80 (KIO 2640/23, KIO 2651/23), 81 (KIO 2683/23), 82 (KIO 3060/23), 83 (KIO 3130/23, KIO 3164/23), 84 (3808/23)
 - pisarska – 78 (KIO 3767/23)
 - rachunkowa – 79 (KIO 3367/23)
- Opis przedmiotu zamówienia – 11 (KIO 3113/23), 12 (KIO 2516/23), 13 (KIO 3284/23), 14 (KIO 3438/23), 15 (KIO 3695/23), 16 (KIO 3775/23), 17 (KIO 3168/23)
- Otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy – 183 (KIO 1985/23)

P

- Pełnomocnictwo – 161 (KIO 3490/23)
- Podmiotowe środki dowodowe – 60 (KIO 3254/23), 61 (KIO 2183/23), 62 (KIO 2642/23), 63 (KIO 3510/23), 64 (KIO 3603/23), 65 (KIO 3779/23), 66 (KIO 3335/23), 69 (KIO 2058/23), 93 (KIO 3239/23), 94 (KIO 1935/23), 95 (KIO 2876/23), 96 (KIO 3637/23)
- Podpis elektroniczny – 97 (KIO 3604/23)
- Podwykonawstwo – 2 (KIO 1983/24, KIO 1915/23), 153 (KIO 3909/23)
- Podział zadań między członków konsorcjum – 54 (KIO 2367/23), 55 (KIO 3517/23)
- Posiedzenie z udziałem stron - 182 (KIO 3562/23)
- Procedura odwrócona – 69 (KIO 2058/23)
- Projektowane postanowienia umowy – 2 (KIO 1983/24, KIO 1915/23), 152 (KIO 3389/23)
- Protokół postępowania - 6 (KIO 3276/23), 7 (KIO 3607/23)
- Przedmiotowe środki dowodowe – 1 (KIO 3097/23)
- Przystąpienie do postępowania odwoławczego – 165 (KIO 3239/23), 166 (KIO 3525/23), 167 (KIO 3951/23), 168 (KIO 3207/23)

R

- Roboty budowlane – 2 (KIO 1983/24, KIO 1915/23)

S

Samoooczyszczenie – 42 (KIO 2594/23), 43 (KIO 2633/23), 44 (KIO 3538/23), 45 (KIO 3718/23)

Sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania – 182 (KIO 3562/23)

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4 (KIO 2499/23), 5 (KIO 3912/23), 6 (KIO 3276/23), 7 (KIO 3607/23)

Termin składania ofert – 68 (KIO 3761/23)

Treść oferty - 98 (KIO 2369/23)

U

Uchylenie zakazu zawarcia umowy – 196 (KIO/W 15/23), 197 (KIO/W 23/23), 198 (KIO/W 21/23),

Umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne – 189 (KIO 2637/23), 190 (KIO 2663/23), 191 (KIO 2772/23), 192 (KIO 3100/23), 193 (KIO 3695/23), 194 (KIO 3771/23)

Unieważnienie postępowania:

- cena oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 146 (KIO 3551/23)
- niemożliwa do usunięcia wada postępowania – 147 (KIO 2305/23), 148 (KIO 2593/23), 149 (KIO 3132/23), 150 (KIO 3661/23), 151 (KIO 3858/23)

Uwzględnienie odwołania – 163 (KIO 1890/23), 164 (KIO 3600/23)

Uzasadnienie czynności Zamawiającego – 139 (KIO 2518/23), 140 (KIO 2519/23), 141 (KIO 2947/23), 142 (KIO 2929/23), 143 (KIO 3662/23), 144 (KIO 3682/23), 145 (KIO 3783/23)

W

Wadium – 10 (KIO 2969/23, KIO 2970/23), 133 (KIO 2704/23), 134 (KIO 2708/23), 135 (KIO 3696/23)

Waloryzacja – 152 (KIO 3389/23)

Wartość szacunkowa zamówienia - 3 (KIO/KD 24/23)

Warunki udziału w postępowaniu – 48 (KIO 2077/23), 49 (KIO 2203/23), 50 (KIO 2587/23), 51 (KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23), 52 (KIO 3509/23, KIO 3515/23), 53 (KIO 3780/23), 54 (KIO 2367/23), 94 (KIO 1935/23), 95 (KIO 2876/23), 96 (KIO 3637/23)

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów – 61 (KIO 2183/23), 62 (KIO 2642/23), 63 (KIO 3510/23), 64 (KIO 3603/23), 65 (KIO 3779/23), 93 (KIO 3239/23)

Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 85 (KIO 2256/23), 86 (KIO 2521/23), 87 (KIO 3394/23), 88 (KIO 3540/23), 89 (KIO 3607/23)

Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty – 76 (KIO 3077/23), 77 (KIO 3692/23)

Wezwanie do wyjaśnienia treści oświadczeń lub dokumentów – 63 (KIO 3510/23), 66 (KIO 3335/23)

Wpływ na wynik postępowania - 96 (KIO 3637/23), 184 (KIO 3437/23)

Wykluczenie wykonawcy:

- okres wykluczenia – 46 (KIO 3849/23), 47 (KIO 2010/23)
- naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy – 28 (KIO 2574/23), 29 (KIO 2969/23, KIO 2970/23)
- nieproporcjonalność wykluczenia – 41 (KIO 3662/23)
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania – 31 (KIO 3196/23), 32 (KIO 3293/23), 33 (KIO 3538/23), 34 (KIO 3703/23), 35 (KIO 3662/23)
- porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji – 19 (KIO 2512/23), 20 (KIO 2726/23), 21 (KIO 3525/23), 22 (KIO 3569/23), 23 (KIO 3822/23), 24 (KIO 3799/23, KIO 3805/23)
- poważne naruszenie obowiązków zawodowych – 30 (KIO 3196/23)
- skazanie za przestępstwo – 18 (KIO 3716/23)
- wcześniejsze zaangażowanie w przygotowanie postępowania – 25 (KIO 2500/23), 26 (KIO 2963/23), 27 (KIO 3576/23)
- wprowadzenie w błąd – 36 (KIO 2076/23), 37 (KIO 2298/23), 38 (KIO 3849/23), 39 (KIO 2748/23), 40 (KIO 3324/23)

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 90 (KIO 3091/23), 91 (KIO 3394/23), 92 (KIO 3486/23), 116 (KIO 3005/23), 117 (KIO 3594/23), 118 (KIO 3640/23), 119 (KIO 3676/23), 120 (KIO 3708/23), 121 (KIO 3716/23), 122 (KIO 3753/23), 123 (KIO 3783/23), 124 (KIO 3817/23), 125 (KIO 3909/23)

Wyjaśnienia treści oferty – 76 (KIO 3077/23), 77 (KIO 3692/23)

Wyjaśnienia treści SWZ – 67 (KIO 3168/23)

Z

Zaangażowanie w przygotowanie postępowania – 8 (KIO 3227/23)

Zamówienia zastrzeżone – 9 (KIO 3745/23)

Zamówienia w trybie z wolnej ręki:

- dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę – 70 (KIO 2682/23)
- *in-house* – 73 (KIO 3133/23), 74 (KIO 3133/23)
- ze względu na wyjątkową sytuację wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia – 71 (KIO 2700/23), 72 (KIO/KD 19/23)

Zasada jawności – 4 (KIO 2499/23), 5 (KIO 3912/23), 6 (KIO 3276/23), 7 (KIO 3607/23)

Zasada legalizmu – 3 (KIO/KD 24/23)

Zasoby podmiotu trzeciego – 56 (KIO 1928/23), 57 (KIO 2955/23), 58 (KIO 3443/23), 59 (KIO 2566/23), 153 (KIO 3909/23)

Zmiana treści SWZ – 68 (KIO 3761/23)

Zmowa przetargowa - 19 (KIO 2512/23), 20 (KIO 2726/23), 21 (KIO 3525/23), 22 (KIO 3569/23), 23 (KIO 3822/23), 24 (KIO 3799/23, KIO 3805/23)

Związanie zarzutami odwołania – 160 (KIO 3389/23), 185 (KIO 3044/23), 186 (KIO 3265/23), 187 (KIO 3437/23), 188 (KIO 3695/23)

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH W TEZOWANYCH ORZECZENIACH

1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65-242 ze zm.):
 - wyrok z dnia 1 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2058/23,
 - wyrok z dnia 24 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2963/23,
 - wyrok z dnia 15 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3196/23,
 - wyrok z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3509/23, KIO 3515/23,
 - wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23,
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającą dyrektywę 1999/5/WE (Dz. Urz. UE L 2014 Nr 153, str. 62 ze zm.):
 - wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23,
3. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434):
 - wyrok z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3276/23,
4. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439):
 - wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3133/23,
5. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.):
 - wyrok z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2077/23,
 - wyrok z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2876/23,
6. Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 poz. 122):|
 - wyrok z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3780/23,
7. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453):
 - wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3239/23,

8. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 ze zm.):
 - wyrok z dnia 11 sierpnia 2023 r., sygn. akt: KIO 2210/23,
 - wyrok z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3168/23,
 - wyrok z dnia 22 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3303/23,
 - postanowienie z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3490/23,
 - wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3604/23,
 - wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23,
 - wyrok z dnia 22 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3662/23,
 - wyrok z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3849/23,
 - postanowienie z dnia 16 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3951/23,
9. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43 poz. 296 ze zm.):
 - wyrok z dnia 12 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3538/23,
10. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji (Dz.U. Nr 30 poz. 179 ze zm.):
 - wyrok z dnia 3 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3695/23,
11. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47 poz. 211 ze zm.):
 - wyrok z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3102/23,
 - wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3641/23,
12. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89 poz. 414 ze zm.):
 - wyrok z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3576/23,
13. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 132 poz. 622 ze zm.):
 - wyrok z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3310/23,
 - wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3589/23,
14. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. Nr 140 poz. 939 ze zm.):
 - wyrok z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3604/23,
15. Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200 poz. 1679 ze zm.):
 - wyrok z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3091/23,
16. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535 ze zm.):
 - wyrok z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt: KIO 3641/23,

-
17. Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. Nr 64 poz. 565 ze zm.):
 - uchwała z dnia 8 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO/KD 24/23,
 18. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.):
 - wyrok z dnia 9 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3799/23, KIO 3805/23,
 19. Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529. ze zm.):
 - postanowienie z dnia 16 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 3951/23.

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2024