



ORZECZNICTWO

KIO I SO

OPRACOWAŁ: JERZY CZABAN

ORZECZNICTWO KIO

Art. 2 pkt 13

1. Sygn. akt: KIO 2725/11, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.

Dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania skoncentrować należy rozważana na pojęciu umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ono umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający – na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty (przy czym nie jest istotne, czy środki pochodzą od strony umowy, czy też od osoby trzeciej) lub w innej, niekoniecznej formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. (...) Jak odwołujący wskazywał m.in. w piśmie z dnia 1 grudnia 2011 r. szeroko rozumiany obrót środkami złożonymi na rachunkach oraz depozytach, stanowi źródło przychodu pozwalające w całości pokryć koszty ponoszone przez bank w związku z bieżącą obsługą i wykonywaniem czynności takich jak przelewy, wpłaty, wypłaty czy prowadzenie rachunku. Dodać trzeba, iż uprawnienie banku do obracania środkami klienta w czasie, gdy są one zgromadzone na jego rachunku, wynika wprost z treści art. 726 kc. Jednocześnie należy wskazać, iż aktualnie powszechną praktykę rynkową (czego zamawiający w toku postępowania dowodowego nie kwestionował) stanowi, w szczególności w odniesieniu do prowadzenia rachunków oraz przeprowadzania rozliczeń pieniężnych, stosowanie ceny zero złotych (lub zbliżonych), czego dowodzi także fakt, że konkurenci odwołującego zaoferowali ceny podlegające ocenie w kryterium 1 oscylujące koło 0 zł, tj. 0,01 zł. Tym samym Izba stwierdziła, iż umowa zawarta z odwołującym będzie odpowiadała definicji zamówienia publicznego, określonej w art. 2 pkt 13 Pzp, tj. będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym.

Art. 7 ust. 1

2. Sygn. akt: KIO 2816/11, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r.

W ocenie Izby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni, tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są niejako efektem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uzyskać ma jedna oferta najbardziej konkurencyjna. Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców nie sprowadza się

natomiast do jednakowej oceny wykonawców, gdyby bowiem taki był jej cel, niemożliwy byłby do zrealizowania nadrzędny cel ustawy, tj. wybór najkorzystniejszej oferty. Jednakże nawet przy założeniu, że kryteria oceny ofert mają ograniczać wybór ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądza jednak o niemożności takiego określenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które będzie stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

3. Sygn. akt: KIO 425/12, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2012 r.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili ich przygotowywania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

4. Sygn. akt: KIO 496/12, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2012 r.

Odwołujący na rozprawie udowodnił, przez porównanie treści oferty wybranej, jako najkorzystniejsza z ofertą własną, iż zamawiający w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej, pomimo uwidocznionych w niej braków, czy też błędów (np. w odniesieniu do wymaganej minimalnej pojemności dysku twardego, wymóg zamawiającego min. 750 GB, wykonawca odręcznie skreślił na wydruku wartość 640 GB i wpisał 75 GB), brak równego traktowania wykonawców przez uznanie, iż odręczna zmiana parametrów technicznych na wydrukach internetowych w jednym przypadku (oferty najkorzystniejszej) jest prawidłowa (mimo niespełnienia warunku dotyczącego pojemności dysku), a w odniesieniu do oferty odwołującego, jest nieprawidłowa - pomimo potwierdzenia spełniania parametrów technicznych.

Art. 8 ust. 3

5. Sygn. akt: KIO 59/12, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający słusznie uznał, że wykaz środków czystości i dezynfekcyjnych, powszechnie dostępnych na rynku nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa mającą dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i dokonał ich odtajnienia. Podobnie uznał również co do wykazu sprzętu i urządzeń przewidzianych do realizacji zamówienia. Jednakże Zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, które zdaniem Izby nie spełniają przesłanek uzasadniających ich utajnienie, np. wykonawca utajnił „podział

pomieszczeń szpitala na strefy higieniczne” kiedy ten podział wskazał wprost Zamawiający w załączniku nr 2.3 do siwz. Również w zakresie co do wielkości obsady etatowej, wykonawca podaje tylko ilość osób kierowanych do wykonywania prac na danym odcinku realizacji umowy, to zdaniem Izby nie daje podstaw uznania iż te dane stanowią wiedzę danego wykonawcy, posiadającą wartość gospodarczą lub inną wynikającą z ustawy o.z.n.k. Ponadto wykonawca na stronach od 502 do 534 zamieścił zgodnie z wymogiem pkt 27 e) załącznika nr 2 do siwz szczegółowe instrukcje, procedury sprzątnia i dezynfekcji. Izba po analizie w/w instrukcji stwierdza, że dane tam zawarte nie stanowią tajemnicy, gdyż są one znane większości społeczeństwa, a w szczególności podmiotowym trudniącym się w wykonywaniu czynności jak niniejsze zamówienie. Podobnie Izba oceniła instrukcję: pierwszej pomocy udzielanej pracownikowi w razie np. zranienia się, zasady stosowania środków odzieży ochronnej dla pracowników wykonawcy, itp. Brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek wskazujących na fakt iż sposób postępowania wykonawcy według tych instrukcji jest nowatorski i zawiera dane umożliwiające temu wykonawcy wyjątkowo korzystny sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt: KIO 100/12, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2012 r.

Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy, ograniczyć dostęp do informacji zawartych w ofercie tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą, musi on uprzednio stwierdzić, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Jego obowiązkiem jest w szczególności zbadanie czy informacje objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i u.z.n.k.

Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca, który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winien w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa, wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione.

7. Sygn. akt: KIO 385/12, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r.

Podkreślił [przystępujący – przyp. red.] niestandardowość przedstawionych schematów, jako zawierających rozwiązania niewystępujące powszechnie i pozwalające osiągnąć przewagę technologiczną nad konkurencją. Uczestnik podał przykładowo, że ustalenie punktacji w przypadku rusztu – ilość stref powietrza pierwotnego (kryterium oceny ofert punkt 2)a.2.1), nastąpi na podstawie potwierdzenia zawartego w tabeli, która jest częścią jawną, natomiast

sposób rozmieszczenia stref powietrza zawarty jest w części niejawnej. (...)

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06 (M. Prawny 2007/7/342) orzekł, że tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. W ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie stanowisko uczestnika postępowania, że informacje przekazywane w toku postępowania o wydanie decyzji administracyjnych, itp. nie stanowią udostępnienia informacji do ogólnej wiadomości. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r., sygn. akt VI SA/Wa 1010/05 (Lex nr 191305) orzekł, że ujawnienie stronie prawa wglądu do akt obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi jeszcze ujawnienia informacji w niej zawartych do publicznej wiadomości (...). Rzeczą organu administracji publicznej jest zweryfikować postępowanie strony tak, aby mogły być zrealizowane podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 8 i 10 Kpa (...).

8. Sygn. akt: KIO 457/12, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r.

(...) w badanym stanie faktycznym w części związanej z pisemnymi zobowiązaniami innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że wbrew przypuszczeniom odwołującego, treść zobowiązań innych podmiotów w zakresie oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie ma charakteru ogólnego, który jest jedynie powieleniem treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a zawierają informacje o charakterze organizacyjnym, które mogą być uznane za takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny podlegać ochronie. Niewątpliwie ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby narazić wykonawców na poniesienie szkody. Z charakteru informacji zawartych w treści zobowiązań innych podmiotów wynika również, że nie posiadają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Wyjaśnienia wykonawców a także sposób zabezpieczenia informacji we wnioskach wskazuje, że podjęto właściwe kroki w celu zachowania tych informacji w poufności. Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym przypadku zaistniały wszystkie przesłanki niezbędne do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w pisemnych zobowiązaniach innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty zawarte w odwołaniu w tym zakresie nie potwierdziły się. W zakresie pozostałych informacji objętych przez A, B i C tajemnicą przedsiębiorstwa Izba, biorąc pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku rozprawy stwierdziła, że zarzuty podniesione przez D zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do informacji zawartych w wykazach wykonanych zamówień oraz w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Przede wszystkim wskazała, że zamawiający ujawniając informacje zawarte we wniosku B - w związku z wyjaśnieniami tego wykonawcy - winien był również ujawnić informacje związane z

realizacją powyższego zamówienia, które zostały zawarte w wykazie wykonanych zamówień (str. 237-238 wniosku). Wyjaśnienia zamawiającego, złożone na rozprawie, w których wskazywał, że nie mógł odtajnić powyższych informacji w wykazie zamówień z uwagi na trudności organizacyjne, należy uznać za błędne, gdyż zamawiający udostępniając poszczególnym wykonawcom te informacje, które nie mają charakteru tajemnicy, mógł skutecznie i prawidłowo zabezpieczyć pozostałe informacje chociażby poprzez ich pominięcie lub też zakrycie. W omawianej kwestii na poparcie zasługuje stanowisko odwołującego, który podnosił, że w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa ochroną są objęte poszczególne informacje znajdujące się nawet w wielu dokumentach, a nie określone dokumenty. Tym samym zamawiający winien był ujawnić zawarte w wykazie zamówień informacje związane z realizacją zamówień wykonywanych na rzecz X oraz Y. Nie sposób również uznać, że informacja związana z realizacją zamówienia na rzecz (...) Bank S.A. z siedzibą w W. została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż z przedłożonego przez D na rozprawie wyciągu z oferty B - złożonej w postępowaniu na wykonanie usługi budowy kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych wspierającej działalność Z – wynika jasno, że informacja została ujawniona do wiadomości publicznej. Wobec powyższego w tym przypadku nie zostały spełnione wszystkie przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pozwalają- ce na zastrzeżenie tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

9. Sygn. akt: KIO 2683/11, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.

Na wstępie należy wskazać, iż celem formułowania i precyzowania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest umożliwienie składania ofert jedynie wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny i gwarantujący wydatkowanie środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny – gwarantujący zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Tym samym nie tylko precyzowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale również dokonywanie oceny ich spełnienia winno uwzględniać cel jaki mają spełnić te dwie czynności, tj. umożliwić powierzenie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy zdolnemu do należytego wywiązania się z obowiązków nałożonych przez Zamawiającego w treści umowy, której zawarcie stanowi cel postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby kompleksowe wzniesienie budynku, którego zakres obejmuje roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom wchodzącym w skład robót stanowiących przedmiot zamówienia stanowi, niezależnie od nazwy zadania i jego celu, zakres pozwalający na uznanie, iż inwestycja taka odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać, iż realizacja robót budowlanych obejmująca kompleksowe wzniesienie budynku stanowi czynność o znacznie większym stopniu skomplikowania niż czynność obejmująca termomodernizację istniejącego obiektu budowlanego. Zatem, przy uwzględnieniu treści warunku, za pozbawione podstaw należy uznać ograniczenie w ramach oceny spełnienia warunków jedynie do robót tożsamych ze względu na nazwę i charakter, jeżeli Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu

szczegółowo opisał zakres prac składających się na przedmiot zamówienia i odniósł postawiony warunek do tego przedmiotu.

10. Sygn. akt: KIO 269/12, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012 r.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że opisywane przez zamawiającego doświadczenie którym miał się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, polegające na wykonaniu nie mniej niż 2 inwestycji budowlanych obejmujących wykonanie budynków użyteczności publicznej np. szkoła, o kubaturze min. 15.000 m³ jest na gruncie ustawy Pzp doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymagało zatem dokonania interpretacji przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.) [Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.], zgodnie z którym wykonawcy w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W drugiej kolejności dostrzec należy, że sformułowanie użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala więc na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót, który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w okresie gwarancji i rękojmi. Odbiór robót jest czynnością, skutkującą przejściem wszystkich ciężarów i korzyści oraz niebezpieczeństwa przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu odbioru na inwestora. Jest wyrazem akceptacji przez inwestora wykonanego przez wykonawcę zasadniczego zakresu robót. Od tej daty liczy się terminy rękojmi i przedawnienia roszczeń. Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe ukończenie robót w orzecznictwie Izby i w piśmiennictwie powszechnie uznaje się również podpisany przez strony protokół odbioru robót. Przyjęcie poglądu jakoby za prawidłowo ukończone i wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej można było uznać jedynie takie roboty budowlane, w stosunku do których nie ujawniły się w okresie gwarancji i rękojmi jakiegokolwiek usterki oznaczałoby konieczność oczekiwania na zakończenie upływu wieloletniego okresu gwarancji i rękojmi. Uniemożliwiłoby wykonawcom wykazywanie się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych już dawno zakończonych. Oznaczałoby także zaprzeczenie utrwalonej w orzecznictwie Izby praktyce uznawania protokołu odbioru robót za dokument potwierdzający ich prawidłowe ukończenie. W tej sytuacji fakt wystąpienia w trakcie eksploatacji obiektów w L. i J. usterek, które zostały usunięte w ramach gwarancji nie świadczył o tym, że którekolwiek z zamówień nie zostało prawidłowo ukończone czy zrealizowane niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Na marginesie Izba wskazuje, że gołosłownym i nie popartym żadnym dowodem pozostało twierdzenie przystępującego przedstawione w trakcie rozprawy jakoby usterki, jakie pojawiły się

w okresie gwarancji były liczne. Ponadto twierdzenie to pozostawało w sprzeczności z pismem Urzędu Miasta L. z 9.01.2012 r., w którym usterki te w sposób wyraźny określono mianem „drobnych”, „nielicznych” i które usunięto „niezwłocznie”.

11. Sygn. akt: KIO 408/12, Wyrok KIO z dnia 8 marca 2012 r.

Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający nieprawidłowo uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia gdyż na podstawie złożonych dokumentów nie można było stwierdzić, że roboty w zakresie rozbudowy sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnicy G. i P. (poz. nr 2 Wykazu robót) zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż za dokument potwierdzający należyte wykonanie nie może być uznana Opinia referencyjna z dnia 28 października. 2009 r. Bezsprzeczne jest, iż okres realizacji robót został określony od 27 sierpnia 2007 r. do 30 czerwca 2010 r., dlatego też opinia wystawiona w trakcie realizacji robót, przed ich ukończeniem nie może potwierdzać, że roboty te zostały prawidłowo ukończone. Dla oceny tego dokumentu nie ma znaczenia fakt, że potwierdza on już zakres prac w wielkościach wymaganych przez zamawiającego skoro roboty te nie zostały ukończone, a więc nie można stwierdzić czy prawidłowo ukończone jak wskazuje § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.].

Art. 22 ust. 1 pkt 4

12. Sygn. akt: KIO 315/12, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2012 r.

Zamawiający postawił warunek w pkt 7.1.20 specyfikacji złożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 15.000.000 zł. Odwołujący dołączył do oferty m.in. Polisę nr (...) na sumę gwarancyjną 10.000.000,00 euro wraz z oświadczeniem ubezpieczyciela, tj. (...) SA Oddział w Polsce, że termin zapłaty składki dotyczącej tej polisy przypada na 31 marca 2012 r., a zatem na dzień złożenia oferty [30 stycznia 2012 r.] składka nie była wymagalna. Odwołujący dołączył do oferty na stronach 314 i 315 inne dokumenty niż opłacona polisa: certyfikat i oświadczenie ubezpieczyciela, że termin płatności składki dotyczącej tej polisy przypada na 31 marca 2012 r. i do tego dnia składka ubezpieczeniowa nie jest wymagalna. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wykonawca [Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.] ma dołączyć do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w określonym zakresie. Również na podstawie art. 26 ust. 2c Pzp wykonawca może przedstawić – w przypadku zaistnienia uzasadnionych przyczyn – inny dokument w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Dokument ten musi w wystarczający sposób potwierdzać spełnianie opisanego przez

zamawiającego warunku. W świetle tych przepisów certyfikat (str. 314 oferty) jest innym dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia, a oświadczenie (str. 315) jest umotywowaniem zaistnienia przy-czynny uzasadniającej możliwość dołączenia do oferty innego dokumentu. W związku z tym wykonawca wykazał spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Mimo to zamawiający 3 lutego 2012 r. (znak pisma (...)) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy na dzień składania ofert wykonawca posiada dowód opłacenia polisy ubezpieczeniowej lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności oraz do uzupełnienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817) stanowi, że zamawiający żąda cyt. „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane są skierowane przede wszystkim do zamawiających, aby musieli oni ograniczyć wymagania dołączania do oferty dokumentów znajdujących się w tym rozporządzeniu. Przepisy § 1 ust. 1 tego rozporządzenia zawierają zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednak prawodawca dopuścił w § 1 ust. 1 pkt 10 przytaczanego rozporządzenia, w przypadku braku opłaconej polisy, możliwość żądania przez zamawiającego innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Również taka możliwość, wykazania spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w przypadku zaistnienia uzasadnionej przyczyny, jest określona w art. 26 ust. 2c Pzp.

Właśnie ze względu na możliwość wystąpienia sytuacji czy dokumentów nieprzewidzianych w przytaczanym [rozporządzeniu – przyp. red.] Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w ustawie znajduje się przepis art. 26 ust. 2c Pzp. Przepis ten z kolei daje uprawnienie wykonawcom do złożenia innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku. Wobec potwierdzenia w ofercie w wystarczający sposób spełnienia warunku przez wykonawcę, zamawiający nie miał prawa żądać uzupełnienia dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia jest adnotacja podnoszona przez zamawiającego zawarta w certyfikacie cyt. „Umowa ubezpieczenia potwierdzona Polisą nr (...) stanowi jedyną podstawę odpowiedzialności”, gdyż dla zamawiającego istotne jest istnienie samej umowy ubezpieczenia, a nie jest ważny sposób rozliczeń między ubezpieczonym i

ubezpieczycielem. Potwierdzenie istnienia umowy ubezpieczenia zostało zawarte w zdaniu poprzednim certyfikatu, cyt. „Niniejszy certyfikat stanowi potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr (...)”.

Art. 22 ust. 4

13. Sygn. akt: KIO 33/12, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2012 r.

Sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu wynikających z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp w postaci opisu oceny sposobu spełniania tych warunków – jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający dokonując analizy spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty na ich potwierdzenie, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiami przepisu art. 22 ust. 4 pzp wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisane przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom. Natomiast z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy kierować się przede wszystkim zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Z drugiej strony należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach zamawiających, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego, czy warunki w tej postaci obiektywnie należałoby uznać za bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia.

14. Sygn. akt: KIO 411/12, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r.

Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane przez zamawiających w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Na podstawie treści ogłoszenia czy specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu nieograniczona liczba podmiotów decyduje czy ma wolę i będzie ubiegać się o zamówienie (przetarg nieograniczony). Warunki udziału w postępowaniu pełnią tu szczególną rolę, bowiem to one zakreślają krąg podmiotów,

które mogą ubiegać się o zamówienie. Określenie warunków na wstępnym etapie postępowania ma na celu zapewnienie realizacji równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma przy tym prawo działać w zaufaniu do zamawiającego, iż w postawionym warunku udziału w postępowaniu odtworzył swą wolę co do doświadczenia podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. (...) Wobec konkretnego sformułowania warunku przez Zamawiającego, nieuprawniony jest przede wszystkim pogląd, że interpretacja treści warunku powinna być dokonywana poprzez opis przedmiotu zamówienia. Czym innym bowiem jest opis przedmiotu zamówienia, do którego wykonania zobowiąże się wykonawca w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym innym zaś warunki udziału w postępowaniu, które postawił Zamawiający w celu wyłonienia wykonawcy przedmiotu zamówienia. Wskazać przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunku w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia – ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, że postawione warunki muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

15. Sygn. akt: KIO 485/12, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r.

(...) Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Art. 23 ust. 1

16. Sygn. akt: KIO 421/12, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r.

Ponadto zgodnie z art. 3 pkt 12 Prawa Poczтового operator publiczny to operator obowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Jednocześnie z przepisów Prawa Poczтового wynika przyznany Poczcie Polskiej status operatora publicznego i w konsekwencji to Poczta Polska jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT. Konkludując, należy stwierdzić, iż wskazane zwolnienie ma charakter podmiotowo-przedmiotowy. Oznacza to, że korzystać z niego mogą wyłącznie określone podmioty (w tym przypadku Poczta Polska), a dodatkowo przyznawane jest ono tylko w odniesieniu do niektórych usług świadczonych przez te podmioty. Jeśli natomiast idzie o zakres

przedmiotowy zwolnienia, warto zauważyć, że prawo pocztowe definiuje również katalog usług nie będących usługami pocztowymi (art. 2 ust. 2 ustawy o VAT). Wymienione tam zostały usługi, które rzecz jasna z omawianego zwolnienia z opodatkowania od podatku od towarów i usług korzystać nie będą. Powyższe w ocenie Izby pozwala stwierdzić, iż Odwołujący był uprawniony do takiego wyliczenia ceny oferty, które uwzględnia zastosowanie przez Poczta Polską, jako jednego z konsorcjantów zwolnienia z podatku VAT za świadczone usługi pocztowe. Jednocześnie nie sposób uznać, jak twierdził zamawiający, że zwolnienie, z którego korzysta Poczta Polska w sposób nieuprawniony rozciąga się na innych członków konsorcjum. Oczywiście jest, że ze zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT korzystać będzie w ramach świadczonych usług pocztowych (wchodzących w skład przedmiotu zamówienia) wyłącznie Poczta Polska. Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem zamawiającego, iż dyspozycja art. 141 Pzp daje mu niczym nieograniczone prawo żądania spełnienia świadczenia według własnego wyboru od któregośkolwiek z konsorcjantów w świetle idei konsorcjum. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż art. 23 ust. 1 Pzp daje wykonawcom możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast zasada odpowiedzialności solidarnej wykonawców dotyczy etapu realizacji kontraktu i nie może, jako taka stanowić podstawy odrzucenia oferty konsorcjum na etapie oceny oferty. Podkreślić należy, że solidarna odpowiedzialność względem zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Reasumując należało stwierdzić, iż oferta odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Izba wskazuje, iż zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastosowanie zwolnienia z podatku VAT do usług pocztowych w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy było nieuzasadnione. Dodatkowo skoro jak stwierdził na rozprawie zamawiający nie kwestionuje on zgodności treści art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT z Dyrektywą o VAT to zastosowanie ma wprost przepis ustawy o VAT w brzmieniu nadanym art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, które odwołujący w sposób uprawniony zastosował.

Art. 24 ust. 1 pkt 4-8

17. Sygn. akt: KIO 2744/11, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r.

W ocenie Izby brak jest na gruncie obowiązującego prawa podstaw do przyjęcia, że można wykonawcę mającego siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, którego członek zarządu ma miejsce zamieszkania w Niemczech od obowiązku złożenia zaświadczenia z niemieckiego Rejestru Skazanych i umożliwić mu złożenie oświadczenia, czy tak jak chce tego odwołujący zaświadczenia z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca wprowadzając ust. 2 § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.] w sposób bardzo racjonalny określił sposób wykazywania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy wobec członków zarządu wykonawcy polskiego mających miejsce zamieszkania za granicą RP. Należy bowiem wskazać, czym jest miejsce zamieszkania. Jest to miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu, skoro tak, to z tą miejscowością wiąże się jej główna aktywność, a więc również wzrasta

prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa właśnie na terenie państwa, w którym znajduje się miejsce zamieszkania tej osoby. Tym samym zasadne jest określenie, iż wykonawca dla takiej osoby wykazuje niekaralność w miejscu zamieszkania. Oczywistym jest, że nie oznacza to, iż osoba nie mogła popełnić przestępstwa w innym państwie, np. nie związanym ani z siedzibą wykonawcy, ani z jej miejscem zamieszkania, jednak ustawodawca tak unijny jak i polski musiał wyważyć pomiędzy nadmiernym formalizmem postępowania (wykazaniem, że dana osoba nigdzie na świecie nie była karana za określone przestępstwa), a umożliwieniem zamawiającym zawarcia umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu konkurencyjnym i prowadzonym w rozsądnym terminie. Z tych samych względów Izba przy rozstrzygnięciu, czy zaświadczenie wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości w Bonn odpowiada zakresowi określonymu w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, wzięła pod uwagę, że wyłączenia ujawnienia skazań w Rejestrze Skazanych nie dotyczą rodzaju przestępstw – wszystkie skazania za czyny przestępne mieszczące się w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy są w niemieckim Rejestrze Skazanych ujawniane, nie ujawnia się jedynie skazań o, posługując się polską terminologią prawa karnego, mniejszej społecznej szkodliwości czynu. Zdaniem Izby, jest oczywiste, iż w systemach prawnych poszczególnych państw będą występowały różnice, co do tego, co jest ujawniane w centralnych rejestrach służących ewidencji skazań, jednak takie różnice nie muszą stanowić każdorazowo o niemożności wykazania braku podstaw wykluczenia zaświadczeniem wydawanym w konkretnym państwie. § 2 ust. 2 rozporządzenia posługuje się pojęciem „zaświadczenia dotyczącego niekaralności osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5- 8 ustawy) zatem dla ustalenia czy takie zaświadczenie jest w danym państwie wydawane istotny jest katalog przestępstw określony w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, a nie wymiar karny czy sposób karania. Jeśli zaświadczenie dotyczy tych czynów przestępnych, to brak jest podstaw do przyjęcia, iż nie jest zaświadczeniem, o którym mowa w tym przepisie.

18. Sygn. akt: KIO 465/12, KIO 474/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W niniejszej sprawie komplementariuszem w spółce komandytowej jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która – jako osoba prawna – nie może być prawomocnie skazana za wymienione przestępstwa, które mogą być popełnione wyłącznie przez osoby fizyczne. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajduje więc zastosowania. Bezpodstawne jest również żądanie przedłożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu spółki będącej komplementariuszem. Przesłanką wykluczenia wykonawcy jest bowiem wyłącznie prawomocne skazanie komplementariusza, a nie członków zarządu komplementariusza. Brak jest jakichkolwiek podstaw do utożsamiania karalności komplementariusza z karalnością członków jego organu zarządzającego.

19. Sygn. akt: KIO 492/12, KIO 494/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Ustawodawca ustalił, w odniesieniu do wykazania braku podstaw do wykluczenia, jednolity termin wystawienia zaświadczeń potwierdzających niekaralność - wspólny dla wykonawców polskich i mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niezależny do kraju zamieszkania urzędującego członka organu zarządzającego. Zarówno § 2 ust. 1 pkt 5, jaki i § 2 ust. 2 i § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.] stanowią, że zaświadczenie takie winno być wystawione nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania wniosków albo składania ofert. § 2 ust. 2 oraz - znajdujący zastosowanie w sprawie - § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie statuują wprost obowiązku przedstawienia dokumentu aktualnego w myśl przepisów państwa ich wystawienia. Natomiast w § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ustalony został obowiązek przedstawienia aktualnego dokumentu w odniesieniu do wykonawców polskich, których członkowie organu zarządzającego mają miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nie budzi jednak wątpliwości Izby, że zaświadczenie nieważne w myśl przepisów prawa hiszpańskiego lub zaświadczenie, którego treść jest nieaktualna, nie może stać się podstawą wykazania braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Zaświadczenie ma potwierdzać stan wymagany ustawą – niekaralność członka organu zarządzającego za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp i stanowi dokument urzędowy wystawiony w określonym porządku prawnym. Nieważność zaświadczenia lub brak aktualności ujawnionych w nim danych stanowią okoliczności podlegające wykazaniu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp ciężar dowodu spoczywał na odwołującym, który ze swoich twierdzeń o nieważności zaświadczenia wywodził skutek w postaci konieczności wykluczenia.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

20. Sygn. akt: KIO 2793/11, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r.

Jak wskazano w treści odwołania, co zresztą potwierdził sam Przystępujący, obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku wnoszenia wadium składanego w formie pieniężnej wyłącznie przez wykonawcę. Nie ma też obowiązku, aby wadium wpłacane przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego było wpłacane wyłącznie z rachunku bankowego wykonawcy, którego ofertę wadium zabezpiecza. Art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje tylko na wpłatę wadium na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Z kolei art. 45 ust. 3 ustawy Pzp reguluje kwestię wniesienia wadium w określonym terminie nie wskazując podmiotowo, że wprost wykonawca ma ponosić skutki finansowe wadium; przepis ten wskazuje bezosobowo, iż „wadium wnosi się (...)”.

21. Sygn. akt: KIO 150/12, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r.

(...) zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem na moment upływu terminu składania ofert jego

oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr (...) z dnia 14 grudnia 2011 r. Zdaniem Izby za oczywistą omyłkę pisarską należy uznać podanie w treści gwarancji w nazwie przedmiotu zamówienia, obejmującego bieżące utrzymanie i pielęgnację zieleni na terenie miasta K. w latach 2012 – 2013 – rejon I, jako końcowej daty świadczenia usług roku 2013 (zamiast 2012). Analogicznie Izba ocenia podanie, jako daty końcowej okresu obowiązywania gwarancji wadium, na co wskazuje użycie słów „do”, dnia 13.02.2011 r. (zamiast 2012). Oczywistym - w świetle zasad doświadczenia życiowego - jest, iż data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, iż kwestionowana gwarancja wadium miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu (z treści gwarancji wprost wynika jej cel - „gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” stanowiąca „zabezpieczenie zapłaty wadium” przez odwołującego na rzecz beneficjenta: miasta K. w postępowaniu, którego nazwa także jest podana) nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie roku 2011 jako końcowego roku obowiązywania gwarancji. Odmienna ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający końcową datę obowiązywania wcześniejszą, niż data początkowa pozbawiony byłby sensu.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

22. Sygn. akt: KIO 350/12, KIO 357/12, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r.

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisu tego wynika, że czynność wykluczenia jest możliwa w sytuacji, gdy wystąpią dwie wskazane w nim przesłanki: po pierwsze kiedy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje i – po drugie – kiedy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Obie te przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie. Przez wynik postępowania należy rozumieć – co do zasady – wybór oferty najkorzystniejszej, niemniej jednak wpływ na ten wybór nie musi mieć charakteru bezpośredniego, ale także pośredni. W przedmiotowym przypadku o wyniku tym przesądza również kwalifikacja podmiotowa wykonawców i ustalenie kręgu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania, albowiem to oferta jednego z nich zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Sygn. akt: KIO 491/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Nadto należy wskazać, że dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp określa sytuację, w której wykonawca składa nieprawdziwe informacje, mające lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten nie może być jedynie hipotetyczny, co oznacza, że podanie

nieprawdziwej informacji musi rzeczywiście podważyć ustalony przez zamawiającego wynik postępowania. Zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu wówczas, gdy zawarł nieprawdziwe informacje w jakichkolwiek innych dokumentach i oświadczeniach, do których złożenia nie był w ogóle zobowiązany. Nie ulega wątpliwości, że nieprawdziwe informacje tylko wtedy mogą stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy zawarte są w dokumentach wymaganych przez zamawiającego. Nie każda zatem nieprawdziwa informacja podana przez wykonawcę skutkuje wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. (...) Zatem kwestionowanie umów dzierżawy, które nie dotyczą zadań 17 -19 i których zamawiający nie wymagał celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pozostaje bez wpływu na ustalony przez zamawiającego wybór wykonawcy. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że umowa dzierżawy z dnia 1.07.2008 roku, załączona do oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. zawierałaby nieprawdziwe informacje, to z uwagi na okoliczność, że umowa ta nie była dokumentem wymaganym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zadaniach, objętych odwołaniem (17-19), okoliczność podania nieprawdziwych informacji pozostawałaby bez wpływu na wynik postępowania w tych zadaniach.

Art. 24 ust. 2 pkt 4

24. Sygn. akt: KIO 49/12, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r.

Należy w tym miejscu wskazać na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który wprost wskazuje, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to wykonawcę obciążają konsekwencje niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegające na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Innymi słowy zatem zamawiający nie może domniemywać wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązki temu odpowiada jednak wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą dokumentów (oświadczeń) w zakresie dotyczącym wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 Pzp), a także w przypadku stwierdzenia, iż wykonawca w terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub złożył wymagane dokumenty i oświadczenia, o których owa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierające błędy, wezwać go do ich złożenia w wyznaczonym terminie (art. 26 ust. 3 Pzp).

25. Sygn. akt: KIO 346/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonywana jest nie później niż na dzień składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co wynika z treści art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od szybkości czynności oceny ofert

zamawiającego, jej wyniki zawsze opierają się na stanie stwierdzonym w dokumentach, wystawionych zasadniczo przed upływem terminu składania ofert/wniosków. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie jest możliwe badanie aktualności dokumentów po terminie wyznaczonym jako dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nawet w przypadku ich późniejszego uzupełnienia. Ustawodawca nie przewidział procedury umożliwiającej weryfikację aktualności stanu stwierzonego w dokumentach na dzień zakończenia oceny przez zamawiającego i dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja warunków udziału w postępowaniu i ich oceny zakłada konieczność zbadania sytuacji podmiotu ubiegającego się o zamówienie wyłącznie na dzień złożenia oferty/wniosku i z wynikami tej oceny powiązane zostało stwierdzenie braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.) i ewentualne skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.).

Art. 25 ust. 1

26. Sygn. akt: KIO 2788/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Punktem odniesienia dla oceny, czy odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest siwz (ogłoszenie), zatem w pierwszej kolejności niezbędne jest dla rozstrzygnięcia podnoszonych zarzutów odwołanie się do brzmienia siwz sporządzonej przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Wymaga zauważenia, iż siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełnić, aby wykazać, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny spełniania przez wykonawcę opisanych w siwz warunków. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać wykonawców w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że ich zdolność do realizacji zamówienia będzie weryfikowana wyłącznie na podstawie opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu wynikającego z siwz (ogłoszenia o zamówieniu). Jednocześnie należy wyrazić pogląd, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie badania i oceny ofert nadawać postanowieniom siwz, w tym opisowi oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania ofert doprecyzowywanie przez zamawiającego postanowień siwz oraz formułowanie dodatkowych wymagań w treści siwz nie zawartych.

27. Sygn. akt: KIO 445/12, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r.

Zgodnie z § 6 ust. 1 powoływanego rozporządzenia, dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Powyższe unormowanie oznacza, iż możliwe jest składanie przez wykonawców dokumentów w formie pisemnej, jak również w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w postaci dokumentów elektronicznych, przy spełnieniu określonych wymagań. W ocenie Izby, nie ulega jednakże wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), zachowanie formy pisemnej należy oceniać, biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowe przepisy stanowią regulację szczególną w odniesieniu do art. 78 § 2 k.c. (B. Smykła: Prawo bankowe. Komentarz.). Zaś, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, czynności bankowe dokonane w formie elektronicznej spełniają wymagania formy pisemnej. Skoro więc, w świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe, prowadzenie rachunków bankowych stanowi czynność bankową, a wszelkie oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w formie elektronicznej (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe), to nie ulega wątpliwości, iż informacja banku o stanie rachunku bankowego mieści się w zakresie oświadczeń woli składanych w związku z wykonywaniem czynności bankowych i dopuszczalne jest jej przedstawienie w postaci elektronicznej, nie wymagającej opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przy czym, elektroniczna postać tychże dokumentów, z mocy wskazanych przepisów, spełnia wymagania formy pisemnej.

28. Sygn. akt: KIO 485/12, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r.

SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać, według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

29. Sygn. akt: KIO 113/12, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2012 r.

W pierwszej kolejności należy zwrócić bowiem uwagę, iż Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, odnoszące się do osób, które mają realizować zamówienie, w sposób nie budzący wątpliwości, postawił wymogi w zakresie liczebności niezbędnego personelu i posiadanych uprawnień. Powyższe determinuje ocenę dokonywaną w tym zakresie. Oznacza to, iż treść dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w po-

stępowaniu (według wzoru załącznika nr 7 i 8 do SIWZ) należy oceniać w świetle tak sformułowanego warunku. Po drugie, za niedopuszczalne należy uznać takie działanie Zamawiającego, który dokonuje rekonstrukcji treści warunku przez pryzmat informacji, które objęte są dokumentami składanymi na potrzeby potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż dorobek orzecznictwa Izby wskazuje, a pogląd ten jest aprobowany przez skład orzekający w niniejszej sprawie, iż warunek udziału w postępowaniu musi być sformułowany w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, a dokumenty składane w celu potwierdzenia określonego warunku służą weryfikacji wymogów, zawartych w treści tego warunku, wyartykułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a służąc ocenie spełnienia warunku, przedstawiają informacje niezbędne do dokonania przedmiotowej czynności. Z powyższego wynika oczywista prawidłowość, iż to treść warunku udziału w postępowaniu determinuje treść dokumentu, składanego na potwierdzenie spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu, a nie odwrotnie.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający, dokonując oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału osobowego, ustalił treść przedmiotowego warunku w oparciu o zakres informacji, żądanych na potwierdzenie jego spełnienia. Zabieg ten, jak wskazano wyżej, jest nieprawidłowy i nie zasługuje na ochronę. Co więcej, rekonstrukcja przedmiotowego warunku, dokonywana na podstawie dokumentów, żądanych na potwierdzenie jego spełnienia mimo, że niedopuszczalna, nie mogłaby się powieść i z tej przyczyny, iż poza tym, że Zamawiający oczekiwał w dokumentach składanych, w celu potwierdzenia spornego warunku, informacji na temat wykształcenia osób zaproponowanych do realizacji zamówienia, to nawet i na tym etapie nie wskazał, jakie wykształcenie, w ramach niniejszego postępowania, uznaje za niezbędne. W tym względzie Zamawiający ograniczył się jedynie do bezkrytycznego przytoczenia § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Zatem, stwierdzić należy, iż treść informacji, których przedstawienia Zamawiający wymagał w dokumentach, składanych w celu potwierdzenia spornego warunku udziału w postępowaniu, nie pozostaje w korelacji z treścią postawionego warunku, a wynika z treści rozporządzenia. Ustalenie powyższego, tym bardziej uzasadniania twierdzenie, iż warunek udziału w postępowaniu w przedmiocie wykształcenia nie został postawiony, a jego treść zawiera jedynie postanowienie pkt 4.2.1 SIWZ. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż brak informacji w „Wykazie osób”, złożonym przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego, pozostaje bez wpływu na ocenę w przedmiocie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie wykształcenia warunku nie sprecyzowano. Ocena przedmiotowego dokumentu, w świetle postanowienia pkt 4.2.1 SIWZ, prowadzi do wniosku, iż Odwołujący wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

30. Sygn. akt: KIO 514/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Referencje, ani inne dokumenty, na potwierdzenie realizacji zamówień, nie muszą podawać ich

wartości, ani nawet dokładnego opisu, ponieważ ich zadaniem - jest udokumentowanie przez wykonawcę składającego ofertę, należytego wywiązywania się z realizacji umów o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia - w przetargach, w których uczestniczył poprzednio, lub przy realizacji takich zamówień na rzecz odbiorców niepolegających przepisom ustawy Pzp.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

31. Sygn. akt: KIO 416/12, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r.

Z przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić normę prawną, iż rolą wykonawcy składającego ofertę jest wykazanie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. W celu potwierdzenia przedmiotowej okoliczności, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenie lub określony dokument. Nie wystarczy zatem, w sytuacji w której zamawiający wskazuje na konieczność potwierdzenia określonej okoliczności przy pomocy wskazanego dokumentu, przeświadczenie wykonawcy czy nawet wiedza wykonawcy o danej okoliczności. Oznacza to, że z dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, musi w sposób nie budzący wątpliwości powyższe wynikać. (...) Jakkolwiek więc należy przyznać rację Odwołującemu, iż fakt, że w treści certyfikatu nie wskazano wprost na usługi, o których mowa w SIWZ, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, to nie oznacza to, iż wykonawca zwolniony jest od wykazania w sposób nie budzący wątpliwości, że zakres usług objętych tym certyfikatem jest w istocie szerszy od tego, na który wskazywałaby jego literalna treść. Nie oznacza to także, iż ciężar prowadzenia wyjaśnień w tym przedmiocie spoczywa na Zamawiającym. Co więcej, jak wskazano wyżej, wyjaśnienia nie mogą zastępować żądanych dokumentów. W ocenie Izby, nie było żadnych przeszkód, aby Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, dla przykładu przedstawił zakres audytu dokonywanego przez jednostkę certyfikującą, który w efekcie był podstawą wydania spornego certyfikatu, potwierdzający, iż usługi pralnicze, o których mowa w certyfikacie należy rozumieć w sposób odmienny od wyniku wykładni językowej.

32. Sygn. akt: KIO 496/12, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2012 r.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisując dokumenty, jakie wykonawcy mieli złożyć w celu potwierdzenia warunków przedmiotowych, dopuścił wariantowość. Wykonawcy mogli złożyć wydruk internetowy ze strony producenta lub inny dokument potwierdzający spełnianie wymagań technicznych (dokumentację techniczną). Jednocześnie zamawiający nie określił, w przypadku „innego dokumentu”, w jakiej ma być formie, od kogo ma pochodzić, itp. Tym samym należy uznać, że zamawiający powyższym sformułowaniem dopuścił każdy dokument, z którego wynikać będzie potwierdzenie spełniania warunków technicznych oferowanego notebooka.

Art. 26 ust. 2b

33. Sygn. akt: KIO 84/12, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2012 r.

Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie.

34. Sygn. akt: KIO 160/12, Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2012 r.

Zamawiający w pkt 3 do postanowienia 8.1.2.1. specyfikacji oraz w analogicznym postanowieniu ogłoszenia sprecyzował, jak należy potraktować w przedmiotowym postępowaniu wykazywanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy, wymagając by – w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów przy wykazywaniu spełnienia warunku doświadczenia, wykazał udział tych podmiotów w wykonaniu zamówienia. Z powyższego wynika, że na gruncie przedmiotowego postępowania, Zamawiający postanowił, iż charakter wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia wymaga w wykonaniu zamówienia udziału podmiotu, który taką wiedzę i doświadczenie przekazuje.

35. Sygn. akt: KIO 447/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.

Analiza przedstawionych przez Odwołującego wraz jego ofertą dwóch dokumentów, które potwierdzają oddanie Odwołującemu do dyspozycji przez inne podmioty narzędzi będących w dyspozycji tych podmiotów, pozwala uznać, iż z dokumentów tych nie wynika, aby podmioty te miały uczestniczyć w realizacji, choćby części, zamówienia. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie wykazał, aby z treści oferty złożonej przez Odwołującego, czy też jakichkolwiek dokumentów z nią złożonych, wynikało, aby podmioty udostępniające swoje narzędzia Odwołującemu miały w realizacji zamówienia brać udział. Czym innym jest bowiem udostępnienie wykonawcy narzędzi, a czym innym zobowiązanie się do partycypacji w wykonaniu zamówienia. Z powołanych dwóch dokumentów wynika jedynie wola udostępnienia Odwołującemu wskazanych w nich narzędzi. Tym samym za zbyt daleko idące i nie mające oparcia w dokumentacji postępowania, należy uznać przypuszczenia Zamawiającego, iż podmioty te będą uczestniczyły w realizacji przedmiotu zamówienia, tylko dlatego, że narzędzia udostępniane Odwołującemu są narzędziami specjalistycznymi, a tym samym wymagającymi obsługi przez wykwalifikowaną kadrę. Dlatego też, w ocenie Izby, Odwołujący słusznie podnosił, że Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby żądać od niego złożenia odpisu z odpowiedniego rejestru oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia odnoszących się do podmiotów udostępniających Odwołującemu własne zasoby.

36. Sygn. akt: KIO 561/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje na możliwość powoływania się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość dysponowania tym potencjałem przy realizacji zamówienia powinna być zamawiającemu udowodniona przez wykonawcę. Jako jeden, przykładowy i szczególny dowód potwierdzający powyższe, ustawodawca we wskazanym przepisie przewidział pisemne zobo-

wiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dysponowania określonego rodzaju zasób. Powyższe faktycznie oznacza, że wykonawca mógłby posługiwać się także innego rodzaju dowodami (np. zawarta umowa o współpracy tych podmiotów), jednakże przywołany w przepisie ustawy szczególny dowód, najczęściej zresztą wykorzystywany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ma zastrzeżoną także wskazanym przepisem ustawy formę. Ustawodawca wymaga, aby było to zobowiązanie składane w formie pisemnej. Skoro więc ustawodawca w przepisie ustawy Pzp zastrzegł określoną formę dla tego dokumentu powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego i tym samym dla udowodnienia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro forma ta została przewidziana w odniesieniu do jedynie przykładowo wymienionego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokumentu, innego rodzaju dokumentem będzie kserokopia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Taki kierunek wykładni wskazanego przepisu prowadziłyby do wykładni contra legem. Skoro bowiem ustawodawca przewidział dla konkretnego dokumentu jego formę (pisemną), niedopuszczalne jest twierdzenie, że zmiana formy tego samego dokumentu (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) prowadzi do zmiany rodzaju dokumentu (stanowi o innym dokumencie).

Izba nie może także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w odniesieniu do dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego mają zastosowanie reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 226, poz. 1817). Reguły te mają zastosowanie do dokumentów, o których mowa we wskazanym rozporządzeniu, tj. do dokumentów podmiotowych, których zamknięty katalog został określony w przepisach tego właśnie rozporządzenia oraz w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, których katalog o charakterze otwartym został określony także przepisami tego rozporządzenia. Tym samym tylko dokumenty, których dotyczy wskazane rozporządzenie mogą być składane w formie kserokopii potwierdzanej za zgodność z oryginałem co do zasady przez wykonawcę. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako szczególny – jak wskazano – dokument zostało przewidziane w przepisach samej ustawy. Ustawodawca zastrzegł ten szczególny dokument przedkładany także na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale w sposób wyjątkowy, w sytuacji, kiedy sam wykonawca nie jest w stanie wykazać się spełnieniem warunków podmiotowych samodzielnie i zmuszony jest skorzystać z zasobów innego podmiotu, który o zamówienie publiczne nie ubiega się i zasadniczo nie podlega weryfikacji przez Zamawiającego. W takiej wyjątkowej sytuacji ustawodawca dopuszczając możliwość posługiwania się potencjałem tego podmiotu trzeciego w przepisach samej ustawy określił przykładowy dokument, który udowadnia posługiwanie się tym potencjałem, przewidując jednocześnie formę dla tego dokumentu. Z tej racji, że posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od generalnej zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wymogi zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp muszą być przestrzegane, a sam przepis powinien być interpretowany ściśle. Tym samym zatem, skoro w przepisie ustawy Pzp (akt wyższego rzędu) ustawodawca przewidział szczególną formę dla określonego dokumentu, nie odwołując się dodatkowo do reguły składania dokumentów

przewidzianych w przepisach rozporządzenia (akt niższego rzędu), niedopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej, a nawet zmieniającej normę tego przepisu. Z tych też względów zasadnym było w ocenie Izby - wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nieudowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust. 3

37. Sygn. akt: KIO 350/12, KIO 357/12, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia mogą powodować przyznanie punktacji służącej do określenia listy wykonawców najlepiej spełniających warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powodowałoby to bowiem uprzywilejowaną sytuację dla wzywanego wykonawcy, który uzyskałby dodatkowy termin na złożenie dokumentu powodującego korzystną zmianę jego położenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co prawda Izba zdaje sobie sprawę z tego, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena warunków pod względem ich najlepszego spełnienia dokonuje się poprzez te same dokumenty, niemniej jednak należy dokonać rozróżnienia funkcji, dla której dokument taki jest składany. W ocenie Izby funkcją tą jest zapobieżenie wykluczeniu wykonawcy z postępowania, a nie wzmocnienie jego pozycji w postępowaniu. Możliwość złożenia w dodatkowym terminie dokumentu, dzięki któremu wykonawca otrzyma kolejne punkty i zmieni swą pozycję w rankingu, godzi w sposób rażący w zasadę równego traktowania wykonawców i premiuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę, który w terminie wyznaczonym na złożenie wniosków nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów. Z kolei wykonawcy, który w sposób rzetelny przygotowali i złożyli kompletny wniosek takiej możliwości są pozbawieni. Zamawiający, chcąc przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców musiałby bowiem wezwać wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu, do złożenia jeszcze jednego wykazu w celu jego ponownej oceny. Takie działanie pozbawione byłoby jednak podstawy prawnej. Brak jest bowiem możliwości wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który został złożony wraz z wnioskiem.

38. Sygn. akt: KIO 379/12, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r.

W konsekwencji, jeżeli wykonawca w ofercie nie wykaże, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (za pomocą dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), to przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Pogląd, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów, bez względu na to, czy takich dokumentów nie złożono, czy też złożone dokumenty zawierają błędy bądź nie potwierdzają one spełnienia warunków w postępowaniu (dokument niepotwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu można potraktować jak niezłożenie dokumentu), został już ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

39. Sygn. akt: KIO 416/12, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r.

Nie wystarczy zatem, w sytuacji w której zamawiający wskazuje na konieczność potwierdzenia określonej okoliczności przy pomocy wskazanego dokumentu, przeświadczenie wykonawcy czy nawet wiedza wykonawcy o danej okoliczności. Oznacza to, że z dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, musi w sposób nie budzący wątpliwości powyższe wynikać. Obowiązek ten obciąża wykonawcę. Co prawda, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, w przypadku ich niezłożenia, jednakże nie rodzi to po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania dalszych (innych) czynności, które doprowadzą w efekcie do potwierdzenia przez wykonawcę, iż oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Z całą mocą należy podkreślić, iż obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należytej staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, a przez to nie narazić się na negatywne konsekwencje, czy to w postaci wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia oferty. Zaniechanie w tym zakresie obciąża wykonawcę a nie zamawiającego. Nie może być bowiem tak, iż wykonawca, który nie złożył określonych dokumentów wraz z ofertą, na wezwanie zamawiającego dokonuje ich uzupełnienia i oczekuje, że jednoznaczne potwierdzenie spełnianych wymagań nastąpi w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Takie działanie wykonawcy nie korzysta z ochrony i nie jest objęte dobrodziejstwem normy prawnej, zawartej w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. (...) W pierwszej kolejności należy bowiem zwrócić uwagę, iż postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu dokumentów, których przedłożenia na wezwanie Zamawiającego, wykonawca zaniechał.

40. Sygn. akt: KIO 438/12, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2012 r.

Zatem w wyniku badania dokumentów oferty okazało się, że Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na doświadczeniu w zrealizowaniu co najmniej dwóch zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia. Tylko bowiem jedno z dwóch zamówień wykazu załączonego do oferty spełnia kryteria sprecyzowane w s.i.w.z. Natomiast Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że wynik tego badania, w tym skorzystanie z instytucji wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, zwalnia go z obowiązku wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. Instytucje przewidziane w tych przepisach są zupełnie niezależne od siebie. Wydaje się, że Zamawiający opacznie zrozumiał następujące stanowisko wyrażone w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt. Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. (dostępnej nadal w wersji elektronicznej na stronie internetowej UZP): Na zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, ale tylko wtedy gdy ich nie złożono lub sytuacji w których zawierają one błędy lub wady. Fakt, iż dokument lub oświadczenie jest „niejasny” w swej treści, a więc nie da się stwierdzić, iż zawiera błąd, daje podstawę do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązek żądania uzupełnienia jest wyłączony, gdy pomimo ich uzupełnienia zamawiający i tak zobowiązany byłby do odrzucenia oferty lub do unieważnienia postępowania. W przytoczonym fragmencie chodzi o to, że jeżeli wystarczające jest wyjaśnienie treści dokumentu, to nie należy wzywać do jego uzupełnienia. Po uwzględnieniu udzielonych wyjaśnień może okazać się bowiem, że jest on prawidłowy, to znaczy

potwierdza stan wymagany przez zamawiającego. W ostatnim zdaniu przypomniano jednak, że odstąpienie od stosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp uzasadnia wyłącznie możliwość odrzucenia oferty wykonawcy, który miałby być wezwany, albo konieczność unieważnienia całego postępowania. Oczywiście błędna jest również interpretacja Zamawiającego w zakresie rozumienia błędu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp. Złożenie dokumentu zawierającego błąd obejmuje również stan faktyczny, w którym dokument ten nie jest co prawda dotknięty wadami formalnymi (np. niepodpisany, nieczytelny, złożony w kopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem), ale jego treść nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Taki błąd merytoryczny należy zatem ustalić przez porównanie stanu, który miał być potwierdzony na mocy postanowień ogłoszenia lub s.i.w.z., z tym, co wynika z treści. W niniejszej sprawie okazało się, że złożony wykaz jest wadliwy przez to, że nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, przy czym błąd dotyczył jednego z dwóch zamówień w nim ujętych. Zamawiający winien zatem wezwać do uzupełnienia dokumentu błędnego w tym zakresie, umożliwiając Odwołującemu usunięcie tej wady przez przedstawienie wykazu zrealizowanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, który potwierdzi spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

41. Sygn. akt: KIO 465/12, KIO 474/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Odnosząc się kolejno do podanych przez Zamawiającego przyczyn wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty (które Izba uznała za niezasadne), po pierwsze należy stwierdzić brak podstaw do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu ze względu na fakt, że czynności podjęte w jego imieniu przez pana Pawła B., były nieskuteczne, gdyż nie był on osobą umocowaną do reprezentowania wykonawcy. Bezsporne jest, że pełnomocnictwo złożone w dniu 21 grudnia 2011 r. wygasło z dniem 31 grudnia 2011 r. (pełnomocnictwo to zostało złożone na wezwanie Zamawiającego, ze względu na wskazanie w pełnomocnictwie załączonym do oferty błędnej daty końcowej jego obowiązywania, tj. 31 lutego 2011 r.). Bezsporne również jest, że pan Paweł B., składając w imieniu wykonawcy oświadczenia woli i wiedzy po wygaśnięciu pierwotnego pełnomocnictwa (w tym oświadczenie z 25 stycznia 2012 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą), nie wylegitymował się nowym pełnomocnictwem. Nie jest to jednak tożsame z brakiem umocowania. W tych okolicznościach Zamawiający miał obowiązek, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2754/11, omawiany przepis znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w postępowaniu.

Zaniechania wezwania do złożenia pełnomocnictwa nie usprawiedliwia fakt, że wykonawca był już raz wezwany (w dniu 12 grudnia 2011 r.) do uzupełnienia braków w tym zakresie. Naruszeniem przyjmowanego w orzecznictwie zakazu wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, byłoby ponowne wezwanie do złożenia pełnomocnictwa, w sytuacji jego niezłożenia (lub złożenia nieprawidłowego dokumentu), mimo otrzymanego już wezwania. Tymczasem w niniejszej sprawie, w odpowiedzi na wezwanie z 12 grudnia 2011 r., wykonawca złożył prawidłowe pełnomocnictwo, należycie wykazując umocowanie

osoby składającej ofertę. Następnie, w toku postępowania (po dniu 31 grudnia 2011 r.), pojawiła się konieczność podejmowania dodatkowych czynności i wykazania umocowania do ich dokonania. Jeśli umocowanie to nie zostało wykazane, Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa. Wezwania takiego nie można traktować jako powtórne, byłoby to bowiem pierwsze wezwanie do wykazania umocowania do działania w imieniu wykonawcy na dalszym etapie postępowania.

Art. 26 ust. 4

42. Sygn. akt: KIO 40/12, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. O istnieniu takiego obowiązku świadczy dobitnie użyte przez ustawodawcę pojęcie „wzywa”, gdyby ustawodawca jedynie nadał zamawiającemu prawo do wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, to posłużyłby się pojęciem „może wezwać”. W ocenie Izby przepis ten ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości ustosunkowania się do stanowiska zamawiającego w zakresie oceny złożonych przez nich oświadczeń lub dokumentów, przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty. Przepis ten jest związany z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż jego celem jest umożliwienie wykonawcom dalszego udziału w postępowaniu bez konieczności wszczynania postępowań odwoławczych. Zamawiający powinien w ocenie Izby, korzystać z niego zarówno w sytuacji wątpliwości, co do złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, jak i w sytuacji, gdy sam takich wątpliwości nie ma, ale zwrócenie się o wyjaśnienia umożliwi usunięcie ewentualnego sporu pomiędzy stronami. Należy również podkreślić to, że zamawiający ma możliwość weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, w tym poprzez zwrócenie się do inwestora z prośbą o informacje, jednakże dla zapewnienia równego traktowania wykonawców powinien umożliwić odwołującemu ustosunkowanie się do uzyskanych informacji dotyczących złożonych przez odwołującego oświadczeń. W przeciwieństwie bowiem do możliwości zamawiającego zasięgnięcia informacji u innych podmiotów procedura wyjaśnienia dokumentów jest uregulowana w siwz i należy do obowiązków zamawiającego. Oczywiście jest, że nie może to prowadzić do uzupełnienia złożonego wykazu, czy zastąpienia podważonego doświadczenia innym spełniającym wymagania, ale uzyskanie wiedzy o tym jaką rzeczywistą funkcję sprawowały poszczególne osoby i z czego to jest wywodzone nie prowadzi do niedozwolonego uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Art. 29 ust. 1

43. Sygn. akt: KIO 141/12, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2012 r.

Zarzut Nr 3 odwołania, Izba uznała za zasadny.

Zamawiający w § 6 ust. 3 i § 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (IPU) wskazał, że przewiduje możliwość odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w świadczeniu usług lub nienależytego świadczenia usług przez określoną liczbę dni. Zamawiający nie określił liczby dni, po których może odstąpić

od umowy, pozostawiając miejsce na wpisanie określonej wartości.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony, powyższą możliwość pozostawia do rozstrzygnięcia po wyborze oferty najkorzystniejszej, na etapie podpisywania umowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, kwestie ustalenia terminu, po którym Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy wchodzi w zakres oceny ryzyka i kosztów z tym związanych. Ponadto w przypadku braku porozumienia stron, Zamawiający może, teoretycznie z wykonawcą, który złożył ofertę korzystnie ekonomiczną, nie podpisać umowy, z uwagi na rozbieżne stanowisko stron, co do określenia kwestionowanego terminu. Zdaniem Izby, każdy z wykonawców winien znać ryzyko i dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do dokonania modyfikacji treści wzoru umowy (IPU) poprzez wskazanie terminu, którego wypełnienie skutkować będzie rozwiązaniem umowy.

44. Sygn. akt: KIO 334/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie jest zobowiązany do tego, aby w treści specyfikacji wskazywać przyczyny, dla których wymaga rozwiązań niestandardowych. Wystarczające jest, że uzasadnienie takie rzeczywiście istnieje i w sposób przekonujący oraz umotywowany zostanie przedstawione w toku rozprawy.

45. Sygn. akt: KIO 436/12, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął zasadę, że nie będzie prowadził zakupu na swoją rzecz biletomatów dostarczanych w ramach przedmiotowego zamówienia. Przedmiotu zamówienia nie stanowi zatem standardowa dostawa określonych urządzeń oczekiwanych przez Zamawiającego do zakupu biletów. Zakres wynagrodzenia umownego wyznaczony został tutaj poprzez określenie procentowej prowizji naliczonej od miesięcznych wpływów netto uzyskanych ze sprzedaży biletów z biletomatów. Ryzyko wykonawcy z punktu widzenia przyjętego w SIWZ sposobu wynagradzania za realizację zamówienia w tym zakresie jest duże, biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający w tym przedmiocie przedstawił wykonawcom jedynie określoną, prognozowaną kwotę tych miesięcznych wpływów ze sprzedaży biletów, którą należało przyjąć do wyceny ceny ofertowej, co do której to kwoty Zamawiający zastrzegł, iż nie jest ona de facto wiążąca (Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności w przypadku niższych wpływów ze sprzedaży), nie przedstawiając w tym zakresie choćby podstaw przyjętych przy takiej wycenie dokonanej przez Zamawiającego. Izba nie kwestionuje takiego, przyjętego przez Zamawiającego sposobu wynagradzania wykonawców z tytułu realizacji zamówienia. Sposobu tego także w odwołaniu nie kwestionował sam Odwołujący, wskazując jedynie na określony kontekst sytuacji, w której Zamawiający z jednej strony nie dokonuje w sposób precyzyjny opisu przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony wprowadza określonego rodzaju wymogi co do sposobu realizacji zamówienia, w tym krótkiego terminu wykonania zamówienia, które przy przyjętym w SIWZ sposobie wynagradzania za realizację przedmiotu zamówienia uniemożliwiają wykonawcy ocenę ryzyka. Przywołane okoliczności w ocenie Izby wskazują na konieczność wprowadzenia określonych zmian w SIWZ, które przede wszystkim doprowadzą do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia będzie zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zapewni w tym postępowaniu zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

46. Sygn. akt: KIO 526/12, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających oferty w postępowaniu. Zdaniem Izby oczywistym jest, że zamawiający winien w sposób jasny, klarowny i wyczerpujący przekazać wiedzę o posiadanym systemie, urządzeniach w celu złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oferty w prawidłowym kształcie, która nie będzie podlegać odrzuceniu. Brak tego rodzaju informacji należy uznać za zaniechanie zamawiającego prowadzące do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwencją naruszenia ww. przepisów Pzp jest dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję co wprost prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Za chybioną należy uznać argumentację zamawiającego, który w rozpoznawanej kwestii odwoływał się do prawa wykonawców do uczestnictwa w wizji lokalnej, podczas której wykonawca mógł uzyskać niezbędne informacje na temat minimalnej funkcjonalności wymaganych połączeń. W tym zakresie rację ma odwołujący, który zwracał uwagę, że uczestnictwo w wizji lokalnej nie może konwalidować błędów zamawiającego, polegających na niepełnym, a tym samym niewystarczającym opisie przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający powinien dokonać wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu niezależnie od uczestnictwa wykonawcy w wizji lokalnej.

Art. 29 ust. 2

47. Sygn. akt: KIO 54/12, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2012 r.

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego.

48. Sygn. akt: KIO 318/12, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r.

(...) tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w

danej sprawie Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić. Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

W szczególności, w ocenie Izby dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań siwz. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, 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.

49. Sygn. akt: KIO 436/12, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r.

Zamawiający, wskazując w SIWZ termin relacji zamówienia poprzez określenie konkretnej daty powinien dla realności wykonania tego zamówienia przewidzieć co najmniej minimalne terminy określone w przepisach ustawy Pzp na przeprowadzenie procedury udzielenie zamówienia, w tym także co do możliwości wnoszenia i rozpoznawania środków ochrony prawnej. Tym samym okoliczność korzystania przez wykonawcę z prawa do złożenia odwołania na postanowienia SIWZ, a nie korzystanie przez niego z prawa do wnoszenia zapytań do SIWZ, na co wskazywał w toku rozprawy Zamawiający, nie może być okolicznością z jednej strony obciążającą dla wykonawcy, któremu przysługuje prawo do składania środków ochrony prawnej na każdą

czynność i zaniechanie Zamawiającego w postępowaniu, a także na treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ, a z drugiej strony usprawiedliwiającą nieprawidłowości Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia. Izba jednocześnie stwierdziła, że stanowisko Odwołującego co do konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówienia o 6 lub 7 miesięcy nie znajduje oparcia w przedłożonym przez Odwołującego materiale dowodowym. Przedłożona przez niego korespondencja mailowa wskazuje bowiem na możliwość dostawy przez dwie różne firmy wymaganych urządzeń w terminie 6 miesięcy (jedna z firm) lub w terminie 3 miesięcy - 15 sztuk, zaś 4 miesięcy - 40 sztuk (druga z firm). Uwzględniając okoliczność, że przedmiotem dostawy, której termin jest kwestionowany jest 42 szt. biletomatów Izba stwierdziła, że obiektywnie możliwym jest dostarczenie wskazanych urządzeń i ich instalacja w terminie 4 miesięcy od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, biorąc także pod uwagę to, że przedłożone oferty handlowe wskazują na możliwości danej, konkretnej firmy. W tym zakresie Izba także stwierdziła, że wystarczającym będzie również czas na ewentualne dostosowanie biletomatów do wymogu Zamawiającego dotyczącego ilości dopuszczonych w biletomacie monet. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował tego wymogu jako takiego, na co wskazywał Zamawiający. Wymóg ten kwestionowany był w kontekście szczególnych wymogów związanych z realizacją zamówienia, które nie mogą być wypełnione w określonym przez Zamawiającego terminie realizacji zamówienia. W tym też zakresie Izba podjęła wskazane rozstrzygnięcie tej kwestii.

Art. 30 ust. 1

50. Sygn. akt: KIO 334/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

(...) wynikający z art. 30 ust. 1 Pzp obowiązek opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem stosownych norm, nie oznacza zakazu ustalenia współczynników o wyższych wartościach lub dodatkowych współczynników, niż wynikające z normy. Ustalony w art. 30 ust. 4 Pzp wymóg dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisanym zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp nie oznacza też, w konsekwencji, konieczności dopuszczenia rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych normą, lecz rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań opisanych przy zachowaniu norm. Obowiązuje przepis nie daje podstaw do konstatacji przeciwnej. Zachowanie norm przy opisie przedmiotu zamówienia oznacza, w ocenie Izby, obowiązek utrzymania standardów wynikających z norm właściwych ze względu na przedmiot zamówienia – wymogów materiałowych, jakościowych, technologicznych i innych - na poziomie nie gorszym, niż wynikający z normy. Zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia współczynników innych, niż zawarte w normie lub współczynników na poziomie wyższym, podlega ocenie według reguł dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Art. 36 ust. 1 pkt 14

51. Sygn. akt: KIO 384/12, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r.

W odniesieniu do tej sytuacji Izba zwraca uwagę, że, zgodnie z procedurą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocena przez Zamawiającego poprawności przygotowanych przez wykonawców kosztorysów należy do czynności dokonywanych na etapie badania ofert –

zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych i nie powinna być przenoszona na etap „przed zawarciem umowy”, nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie „formalności” („formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy”). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, „czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia”, jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp

Art. 45

52. Sygn. akt: KIO 63/12, KIO 66/12, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2012 r.

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

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej – jak stwierdziła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Art. 46 ust. 5

53. Sygn. akt: KIO 2752/11, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r.

W ocenie Izby użycie w treści gwarancji określenia „spowodował”, odnoszące się również do wykonawcy żadnego ograniczenia w tym zakresie w stosunku do regulacji ustawowej, nie wprowadza. Jak słusznie podnosił Przystępujący (...) określenie „spowodował” według słownikowego określenia oznacza: „przyczynienie się do czegoś, stanie się przyczyną czegoś, wywołanie czegoś”. Powyższe mieści się w sformułowaniu użytym w dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp: „stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Użycie w treści gwarancji wadliwych określenia „spowodował” wiąże się tylko z zastosowaniem poprawności

stylistycznej określonych przez gwaranta podstaw do zatrzymania wadium.

54. Sygn. akt: KIO 2694/11, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r.

Izba wskazuje, iż hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest bardzo pojemna i poprzez użycie zwrotu „wymaganego” wskazuje, że odnosi się do wszystkich kwestii związanych z wniesieniem zabezpieczenia, w tym określonej przez zamawiającego formy, sposobu, miejsca oraz terminu jego wniesienia. Zatem jeżeli Zamawiający określił w SIWZ szczegółowe wymagania dotyczące wniesienia zabezpieczenia to brak uczynienia zadość tym wymaganiom skutkować będzie zatrzymaniem wadium, a nie odrzuceniem oferty.

Art. 67 ust. 1 lit. a

55. Sygn. akt: KIO 476/12, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r.

W ocenie składu orzekającego Izby w rozpoznawanej sprawie nie została również spełniona przesłanka do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach towarzyszących wykonaniu zamówienia występowały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby stwierdzenie możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, tj. (...) S.A. Wprawdzie nie można odmówić racji twierdzeniom zamawiającego o istnieniu uprzywilejowanej pozycji operatora publicznego, która prowadzić może do stwierdzenia istnienia monopolu naturalnego, to jednak zdaniem składu orzekającego, nie stanowiło to o zaistnieniu przyczyn technicznych, które decydowały o możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez (...) S.A. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż również inni operatorzy działający na rynku usług pocztowych posiadają możliwości technologiczne pozwalające na przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym. Powoływane przez zamawiającego okoliczności dotyczące mocy dokumentu urzędowego - potwierdzenia nadania przesyłki rejestrowej lub przekazu pocztowego wydanego przez placówkę operatora publicznego (art. 45 ustawy Prawo pocztowe) – czy też znaczenia nadania dokumentu w placówce pocztowej operatora publicznego (art. 57 § 5 ppkt 2 KPA), zdaniem składu orzekającego nie stanowiły o przyczynach technicznych pozostających w związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Miały one bowiem charakter organizacyjny związany z ustaleniem zachowania terminów czynności zamawiającego, natomiast nie odnosiły się w ogóle do czynności, jakie miałyby wykonywać świadczący usługę podmiot. W ocenie składu orzekającego, z przyczyną o charakterze technicznym należało utożsamiać takie okoliczności, które w sposób obiektywny pozwalały na wykluczenie możliwości wykonania usługi przez innych operatorów niż (...) S.A. Taką przyczyną nie była powołana przez zamawiającego konieczność poniesienia wyższych opłat w przypadku skorzystania z usług operatorów niepublicznych. Mogła ona jedynie prowadzić do wniosku, iż sytuacja operatora publicznego jest uprzywilejowana na rynku usług pocztowych w zakresie „usług zastrzeżonych”, aczkolwiek nie wyłącza udziału w tym rynku innych operatorów.

Art. 82 ust. 3

56. Sygn. akt: KIO 2814/11, KIO 2819/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r.

Zamawiający przewidział, że wykonawcy, przygotowując treść swojej oferty zrealizują - według przygotowanych przez Zamawiającego określonych zakresów - zadanie, które będzie stanowiło pewną próbę wykonania zamówienia przez wykonawcę w rzeczywistych warunkach realizacji zamówienia. Na potwierdzenie wykonania tego zadania i zaprezentowania jego wyników w treści oferty wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty opisy przeprowadzenia tego zadania i zrzuty ekranu. W celu weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia tego zadania próbnego przez wykonawców Zamawiający przewidział tuż po otwarciu ofert sesję oceny zadania próbnego, która z założenia miała stanowić prezentację każdego z wykonawców praktycznego przeprowadzenia zadania próbnego. (...)

Dla prawidłowej weryfikacji powyższego, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu, należało przyjąć brak powtarzalności wykonania wskazanego zadania po otwarciu ofert. Przyjęcie, że wykonawcy mogliby w tym zakresie dokonywać jakiś uzupełnień, czy powtórzeń wykonania zadania próbnego prowadziłyby – w ocenie Izby - do niedopuszczalnej zmiany treści oferty i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Uzupełniania dokumentów stanowiących opisy przeprowadzenia zadania próbnego i zrzuty z ekranu czyniłoby założenia Zamawiającego przewidziane kompleksowo w SIWZ co do zadania próbnego zupełnie bezużyteczne. Nieprzydatne byłyby dla Zamawiającego opisy zadania próbnego i zrzuty z ekranu, uzupełnione po otwarciu ofert i zapoznaniu się z wynikami realizacji zadania próbnego przez pozostałych wykonawców. Nieprzydatne byłoby także ponowne przeprowadzenie prezentacji zadania próbnego przez konkretnego wykonawcę w przypadku stwierdzenia ewentualnych braków, błędów, czy nieprawidłowości w trakcie wykonywania zadania próbnego podczas pierwszej sesji otwarcia ofert. Przyjęcie dopuszczalności takiego rodzaju działań prowadziłyby do wypaczenia założeń oceny merytorycznej treści oferty, przyjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu i szeroko opisanych w postanowieniach SIWZ. (...) Z powyższego także wynika, że tak opisy wykonania zadania próbnego, zrzuty z ekranu, jak i sesja prezentacji wyników zadania próbnego miały stanowić merytoryczną treść oferty wykonawców, a nie dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym zastosowanie w tym zakresie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie byłoby zasadne.

57. Sygn. akt: KIO 379/12, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r.

Konsekwencje odróżnienia treści oferty od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu są o tyle doniosłe, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest podstawą odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (przy czym podkreśla się, że treść oferty w kontekście podstawy do jej odrzucenia powinna być rozumiana w wąskim znaczeniu, w zakresie odpowiadającym temu pojęciu stosowanemu w prawie cywilnym, tj. jako zakres świadczenia wykonawcy), a niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest przyczyną wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 1

58. Sygn. akt: KIO 339/12, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2012 r.

Odwołanie się do tych ścisłych, pewnych i niezmiennych zasad czyni pozornymi wszelkie pozostałe zagrożenia podnoszone na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego w związku z poprawieniem oferty Odwołującego. Po pierwsze – nie zachodzi żadne zagrożenie prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty, ani zmiany jej treści w sposób wykraczający poza dyspozycję art. 87 ust. 1 pzp. Nie ma powodów aby doszło do jakichkolwiek negocjacji, natomiast zasada, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty nie stoi na przeszkodzie wzywaniu do ich złożenia, co jest zawsze uprawnieniem zamawiającego prowadzącego postępowanie, lecz uwzględnianiu treści udzielonych w taki sposób, który de facto prowadzi do takiej zmiany.

59. Sygn. akt: KIO 487/12, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2012 r.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień. Jakkolwiek we wskazanym przepisie jest mowa o uprawnieniu zamawiającego, to w orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości do co treści złożonej oferty, w szczególności, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna. Z sytuacją powyższą w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia, wobec czego zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

60. Sygn. akt: KIO 509/12, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2012 r.

Niewątpliwym jest, iż zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w treści SIWZ (załączniki nr 6A – 6J) nie żądał złożenia żadnego dokumentu. Niewątpliwym jest także, iż mimo braku takiego żądania, wykonawca (...) w załączeniu do oferty złożył certyfikat, z treści którego wynika, iż monitor (HP 2311x) zaoferowany przez tego wykonawcę nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, tj. „OSD: Tak, w języku polskim” (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10). Skoro więc wykonawca (...) taki dokument (niewymagany treścią SIWZ) złożył i wręcz wskazał, że stanowi on integralną część oferty (pkt 14 „Formularza ofertowy”) oznacza to, iż podlega on także analizie zamawiającego w toku procedury badania i oceny ofert. Oferta to bowiem oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego (zgodnego z wymaganiami określonymi w załącznikach nr 6A – 6J). Treścią oferty jest bowiem nie tylko formularz ofertowy „(...) ale na treść oferty składają się wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu, w jaki będzie realizował zamówienie” (KIO 1548/11). Wykonawca (...) składając certyfikat doprecyzował więc, iż przedmiotem jego świadczenia będzie monitor HP 2311x. Złożony dokument (certyfikat) dookreśla bowiem jeden z elementów oświadczenia woli wykonawcy (...), w którym przedstawia on proponowany sposób spełnienia świadczenia odpowiadającego wymogom zamawiającego ujętym w treści SIWZ (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10) w zakresie zaoferowanego monitora. Twierdzenia

zamawiającego, iż ów dokument należy traktować jako „dokument obcy”, a tym samym pominąć go, nie zasługując na aprobatę. Powyższe prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której wybrano by ofertę, która nie spełnia wymagań zamawiającego postawionych w treści SIWZ. Tak więc zamawiający powziąwszy wątpliwość co do zgodności treści oferty wykonawcy (...) z treścią SIWZ prawidłowo uczynił, żądając od tego wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. W ich wyniku wykonawca (...) oświadczył, iż zaoferował monitor NEC i mimo „omyłkowego” złożenia wraz z ofertą certyfikatu monitora HP takiego monitora nie zaoferował, „(...) gdyż żaden z monitorów produkowanych przez HP nie posiada OSD w języku polskim”. Niemniej jednak wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. Tak więc muszą się one ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści oferty, a nie jej zmiany. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym wykonawca (...) wskazał monitor innego producenta niż wynika to z treści złożonej przez niego oferty. Oznacza to więc, iż w istocie, w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do zmiany treści uprzednio złożonej oferty, a taka zmiana jest nie-dopuszczalna. Bez znaczenia dla przedmiotowego rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż – jak konsekwentnie podnosił to wykonawca (...) – dokument ten załączono omyłkowo. Tym samym potwierdził się zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy (...).

61. Sygn. akt: KIO 531/12, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r.

Izba wskazuje, iż Zamawiający ma prawo i obowiązek ustalić istotne dla rozstrzygnięcia postępowania kwestie umożliwiające prawidłową ocenę ofert. Tym samym może on zwracać się do wykonawców na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie stosownych wyjaśnień, jak również samodzielnie prowadzić czynności zmierzające do ustalenia istotnych dla postępowania okoliczności. W szczególności w przypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń wykonawcy, jak również w przypadku jego bierności lub braku wystarczającej staranności wykonawcy w tej materii. Zgodności oferowanego przedmiotu, obejmującego określone urządzenie (produkowane przez podmiot niezależny od wykonawcy, który je oferuje), jest okolicznością obiektywną, tj. niezależną od stanowiska reprezentowanego przez którąkolwiek ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołany przez Odwołującego w treści odwołania argument, że na gruncie prawa zamówień publicznych treść oferty należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy (KIO/UZP 570/09) doznaje, w ocenie Izby, w określonych okolicznościach pewnych ograniczeń. Jedynie w przypadku, gdy wykonawca w zakresie oferowanego świadczenia dysponuje pełną swobodą w ukształtowaniu swojego przyszłego świadczenia można mówić o tożsamości treści oferty z oświadczenia wykonawcy. Z takim przypadkiem mamy do czynienia, gdy wykonawca jest producentem wyrobów, które oferuje lub wyłącznym wykonawcą usługi, jak również wykonawcą robót budowlanych. Jeżeli wykonawca oferuje produkty wytworzone przez podmiot trzeci – niezależny od niego - o zgodności tych produktów z wymaganiami podmiotu zamawiającego decydują właściwości tych produktów, a nie jedynie oświadczenie samego wykonawcy o tej zgodności. Zgodność w takich okolicznościach należy ograniczyć do obiektywnie ocenianych faktów, nie zaś do subiektywnych oświadczeń podmiotu zainteresowanego w ich złożeniu. Trudno wszakże zgodzić się ze

stanowiskiem, że podmiot zamawiający winien przyjąć bezrefleksyjnie prawdziwość oświadczeń samego wykonawcy, które są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i, o którym to fakcie zamawiający posiada wiedzę lub może ją uzyskać w dopuszczalny sposób. Przeciwnie stanowisko przyznałoby w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prymat prawdzie formalnej (proceduralnej) z pominięciem prawdy materialnej (obiektywnej).

Zatem każde uzasadnione wątpliwości podmiotu zamawiającego mogące mieć wpływ na poprawność przedsięwziętych w toku postępowania czynności winny zostać wyjaśnione. Jeżeli bowiem złożone przez wykonawcę oświadczenia lub dostarczona dokumentacja techniczna nadal nie pozwalają na ustalenie, czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia, czasami bardzo szczegółowe i nietypowe, wymagania podmiotu zamawiającego to za uprawnione należy uznać wszelkie działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

62. Sygn. akt: KIO 453/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.

Biorąc pod uwagę powołane postanowienia siwz uzasadnione jest stwierdzenie, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nadał kosztorysowi ofertowemu znaczenie pomocnicze, dopuszczając dokonanie kalkulacji własnej, pozostawiając wykonawcom także swobodę co do jego formy. Tym samym kosztorys nie stanowi wprost treści oferty. Należy przy tym zauważyć, że pomimo omyłki rachunkowej w jednej pozycji kosztorysu, przyznanej przez wykonawcę, cena końcowa kosztorysu jest tożsama z ceną oferty, którą wykonawca deklaruje jako niezmienną. Skoro zatem przedmiotowy kosztorys nie stanowi treści oferty, czynność zamawiającego polegająca na przeliczeniu wartości jednego elementu w poz. 2.4.2 kosztorysu stanowi jedynie czynność faktyczną odniesioną do kosztorysu, nie będącą poprawieniem omyłki w ofercie w trybie i ze skutkami przewidzianymi w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

63. Sygn. akt: KIO 2752/11, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r.

W opinii Izby poprawienie terminu świadczenia usługi z 7 na 23 miesiące jest istotną zmianą treści oferty co w konsekwencji przedkłada się również na wartość całej oferty, spowoduje to w opinii Izby, że powyższa zmiana będzie istotna w stosunku do wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie modyfikacją SIWZ (tabela nr 3 - z 7 miesięcy na 23 miesiące), jak również będzie ona istotna w stosunku do wartości całej oferty (poprawienie kwoty brutto w tabeli nr 3 – z kwoty 103.764,17 zł na kwotę 338.444,22 zł, oraz łączna zmiana ceny oferty z kwoty 1.101.599,78 zł na kwotę 1.276.332, 78 zł brutto).

64. Sygn. akt: KIO 2810/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych.

Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z siwz. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne). Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej a contrario „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia essentialiae negotii oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego, rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką

poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania części prawidłowych danych w ofercie zawartych), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. Pzp W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, a bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie.

65. Sygn. akt: KIO 42/12, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. 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, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Uzyskanie stanowiska wykonawcy, które będzie pomocne przy dokonaniu poprawy, a w swej treści będzie neutralne dla treści oświadczeń woli składających się na ofertę (nie będzie stanowiło jej negocjowania, czy poprawienia pozycji wykonawcy wynikającej z oferty, polegającego na ukształtowaniu korzystniejszych warunków niż przed poprawą) nie stanowi przeszkody do poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

66. Sygn. akt: KIO 236/12, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r.

Fakt wycenienia w kosztorysie ofertowym zbędnych robót jest między stronami bezsporny. Odwołujący nie kwestionuje wskazanych przez Zamawiającego – jako zbędne – pozycji kosz-

torysu. Zamawiający z kolei przyznaje, że błędy w ofercie Odwołującego wynikają z omyłki przy sporządzaniu kosztorysu. Istotą sporu jest możliwość poprawienia tej omyłki.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią SIWZ, które po pierwsze mają charakter omyłki, a po drugie – nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie pierwsza z przywołanych wyżej przesłanek została spełniona, co strony zgodnie przyznały. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była druga z tych przesłanek, tj. kwestia istotności omyłek dla treści oferty.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty. Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, którym jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Zdaniem Izby poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie spowoduje jej istotnych zmian. Z pełnej treści oferty wynika, że zamiarem wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający oparł się na jednym z elementów tej oferty – kosztorysie ofertowym, który zgodnie z SIWZ ma jedynie charakter pomocniczy. Ponadto, Zamawiający nie stwierdził takich niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, które dotyczyłyby tego, co wykonawca zobowiązany będzie wykonać w przypadku uzyskania zamówienia. Jedyną wadą tej oferty, zgodnie z informacją o wyniku postępowania, było dokonanie wyceny robót, które nie będą wykonywane.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że ze względu na ryczałtowy charakter ceny, niedopuszczalne było jej poprawienie. Po pierwsze brak jest podstaw do generalnego wniosku, iż przyjęcie w postępowaniu ceny ryczałtowej wyklucza możliwość poprawiania omyłek w ofertach. Zdaniem Izby możliwość ta oceniana powinna być ad casum, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Ponadto, takie stanowisko Zamawiającego wskazuje, że wyciąga on dwa przeciwstawne wnioski z postanowień specyfikacji dotyczących sposobu obliczenia ceny. Z jednej strony omyłki w kosztorysie traktuje jako podstawę odrzucenia oferty, z drugiej – powołuje się na ryczałtowy charakter ceny i wynikającą z tego faktu niedopuszczalność jej zmiany.

Istotny dla rozstrzygnięcia sprawy jest również fakt, że Zamawiający miał wszelkie dane potrzebne do skorygowania oferty bez ingerencji wykonawcy: wiedział, które pozycje w kosztorysie są zbędne i znał ich wartość. Mógł zatem dokonać odpowiedniej korekty kosztorysu oraz skorygować cenę oferty tak, aby wynikała, zgodnie z punktem 13.3 SIWZ, z kalkulacji kosztorysowej. Przy ocenie istotności omyłki należy odwołać się również do wartości zbędnych pozycji kosztorysu, która według obliczeń Odwołującego wynosi 51.886,56 zł, co stanowi zaledwie 0,5% ceny ofertowej. Zamawiający na rozprawie podniósł, iż według jego obliczeń

wartość ta jest wyższa i wynosi 77.806 zł. Zdaniem Izby, nawet ta wartość niepotrzebnie wycenionych robót jest znikoma w stosunku do całego przedmiotu zamówienia (0,8% ceny ofertowej).

Podsumowując, omyłka w ofercie Odwołującego podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zatem czynność odrzucenia tej oferty stanowiła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało uwzględnione.

67. Sygn. akt: KIO 339/12, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2012 r.

Izba podziela dominujące w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, iż zakresem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny.

68. Sygn. akt: KIO 400/12, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r.

Skoro zaś w formularzu ofertowym wykonawca odniósł się do niedopuszczonej technologii wykonania przedmiotu zamówienia, a Zamawiający z innych dokumentów oferty nie mógł poznać informacji czy sytuacja ta jest wynikiem błędu wykonawcy spowodowanego niezmienniem formularza, czy też świadomym działaniem wykonawcy, nie miał możliwości dokonania poprawy i zakwalifikowania treści formularza jako innej, nieistotnej omyłki nie wpływającej na treść oferty. Także zwrócenie się o wyjaśnienia do wykonawcy niewiele zmieniłoby w tej sytuacji, (...)

69. Sygn. akt: KIO 410/12, KIO 424/12, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie uwzględnienie w kosztorysie ofertowym części pozycji ofertowych nie było działaniem zamierzonym, jednak o dopuszczalności zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie decyduje wyłącznie okoliczność czy określona niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powstała wskutek umyślnego działania czy też nieumyślnej pomyłki wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

O dopuszczalności zastosowania tego przepisu decyduje również ta okoliczność czy poprawka prowadzi do istotnych zmian w treści oferty, a o istotności poprawki decyduje również to czy jej dokonanie samodzielnie przez Zamawiającego jest możliwe. (...)

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obwarowane jest uprzednim stwierdzeniem niemożliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. ustaleniem, iż niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ich ewentualna eliminacja stanowiąc może o istotnych zmianach w treści oferty lub nie jest możliwe do ustalenia, co właściwie zaoferowano (w jaki sposób ofertę poprawić). W przypadku wskazanego braku w ofercie wymaganych informacji oraz możliwości wypełnienia tego braku różną treścią, poprawki ich dotyczące stanowiłyby w istocie poza ofertowe określenie

przedmiotu dostawy zakazane dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy (vide: wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. KIO 1513/11).

W wyroku z dnia 30 września 2011 r. sygn. akt KIO 2000/11, KIO 2011/11, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na możliwość dokonania poprawek w treści oferty w sytuacji, w których jest określona cena jednostkowa, natomiast błędnie jest podana ilość tych jednostek i w konsekwencji cena - wskazując, że „w tym przypadku możliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający posiada wszelkie dane pozwalające mu na prawidłowe określenie ilości tej jednostki miary, a także obliczenie wartości właściwej ilości tych jednostek. Izba uznała, że w takiej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany do dokonania poprawienia pomyłki.

70. Sygn. akt: KIO 429/12, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2012 r.

Zgodnie z treścią artykułu 87 ust. 2 pkt 3 Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Do możliwości zastosowania tego artykułu i dokonania poprawienia oferty, niezbędne jest wykazanie wystąpienia omyłki oraz jej nieistotnego wpływu na treść oferty.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że w treści oferty Odwołującego znalazła się omyłka, która mogłaby zostać poprawiona przez Zamawiającego. Z omyłką mamy do czynienia w sytuacji, gdy Zamawiający może dokonać jej poprawienia samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Istotne jest, aby przy ocenie omyłkowej treści oferty nie ulegało żadnej wątpliwości, że faktycznie treść ta stanowi omyłkę (a więc zawarcie określonej treści nie było zamiarem wykonawcy). Ponadto istotne jest, aby nie ulegało wątpliwości jaka treść – w miejsce treści omyłkowej – powinna znaleźć się w ofercie. Z treści oferty powinien wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami specyfikacji, a jednocześnie Zamawiający powinien posiadać wszelkie dane niezbędne do dokonania poprawienia omyłki w sposób jednoznacznie zgodny z intencją wykonawcy składającego ofertę.

Ponadto koniecznym jest wykazanie, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnego wpływu na treść oferty. W ocenie Izby powyższa okoliczność nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Przede wszystkim należy podnieść, że Zamawiający wprowadził dwa kryteria oceny ofert – cenę, jak również okres gwarancji na oferowane urządzenia. Zatem te dwa elementy, jako podlegające ocenie, stanowiły przedmiotowo istotne elementy oferty. Co więcej te dwa elementy były oświadczeniem woli wykonawcy, zatem ich określenie leżało wyłącznie w gestii wykonawców.

Zamawiający określając kryterium okresu gwarancji urządzeń pozostawił wykonawcom możliwość złożenia dowolnego oświadczenia w tym zakresie. Nie można zatem uznać, aby Zamawiający mógł sam, bez udziału wykonawcy, dokonać poprawienia omyłki, skoro treść właściwego oświadczenia co do oferowanego terminu gwarancji nie była mu znana, bowiem pochodziła wyłącznie od wykonawcy. To wykonawca decydował, na jak długi okres udziela gwarancji. Zamawiający nie miał zatem możliwości obiektywnego poprawienia treści oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, iż nie miał wiedzy, w jaki sposób powinien dokonać popra-

wienia, a więc jaką treść przyjąć jako właściwą. Sposób poprawienia omyłki nie był wcale oczywisty, bo w miejscu wpisywanego okresu gwarancji mógł być wpisany dowolny okres, byleby mieścił się w ramach wskazanych przez Zamawiającego. Trudno byłoby ustalić, w jaki sposób poprawić omyłkę w sytuacji, gdy nie został określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jeden wymagany okres gwarancji. Zamawiający musiałby rozstrzygnąć, czy przyjąć powinien minimalny wymagany okres gwarancji (24 miesiące), czy też maksymalny wymagany okres gwarancji, a być może okres gwarancji dowolny, mieszczący się w podanych ramach czasowych.

Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, w którym określił, iż popełnił omyłkę, oraz określił, w jaki sposób Zamawiający powinien tę omyłkę poprawić. W ocenie Izby nie zmienia to jednak faktu, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty po otwarciu ofert. W piśmie tym bowiem złożył kolejne oświadczenie o nowym, przyjętym okresie gwarancji. Ponadto wyjaśnianie treści oferty nie może skutkować wprowadzaniem przez Zamawiającego do oferty nowych, zmienionych danych, które podlegają ocenie z punktu widzenia przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Oświadczenie woli wykonawcy co do okresu oferowanego terminu gwarancji urządzeń, jako jedno z kryterium oceny ofert podlega punktacji i ocenie, a zatem ma istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonanie jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie przez Zamawiającego będzie miało bardzo istotny wpływ na treść oferty, będzie bowiem decydowało o pozycji wykonawcy w rankingu po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert (lub dalszym pozostawaniu przez wykonawcę w postępowaniu), a więc o możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia. Co więcej, w ocenie Izby, byłaby to zmiana treści oferty. Odwołujący podkreślał okoliczność, iż jako jedyny zaoferował urządzenia jednego producenta, a oferty złożone w postępowaniu mogły różnić się tylko w przypadku, gdy wykonawcy zaoferowali produkt tego samego producenta. Izba zauważyła jednak, że taki zapis nie zmienia w żadnym razie faktu, iż są to kryteria oceny ofert, które decydują o pozycji wykonawców w rankingu, lub ich przyszłym uczestniczeniu w postępowaniu i dalszym ubieganiu się o zamówienie. Element oferty w postaci długości okresu gwarancji podlega ocenie przez Zamawiającego niezależnie od tego, czy wykonawcy zaoferują urządzenia jednego, czy też kilku producentów. Nawet w przypadku, gdy urządzenia tego samego producenta zaoferuje tylko jeden wykonawca, to oferta tego wykonawcy także podlega ocenie. Nie można zmienić zasad oceny ofert w zależności od tego, czy w danym postępowaniu wykonawcy zaoferowali urządzenia tylko jednego producenta, czy też urządzenia pochodzące od kilku producentów. Nie może to zmienić ogólnej zasady, że jeżeli Zamawiający przewidział przyznawanie punktów w ramach poszczególnych kryteriów, to takiej ocenie podlega każda oferta.

Nie można powiedzieć, że mamy do czynienia z nieistotną zmianą w treści oferty i tym samym omyłką podlegającą poprawieniu w jednym układzie ofert, w innym zaś układzie ofert uznać, iż zmiana taka jest istotna i omyłka nie podlega poprawieniu. Bowiem ocena, co jest zmianą istotną, a co zmianą nieistotną powinna być dokonywana w sposób obiektywny, nie- zależny od układu – rankingu ofert w danym postępowaniu. (...)

Odwołujący podnosił, że gdyby Zamawiający dokonał poprawienia oferty poprzez wpisanie 24

miesiący gwarancji w miejscu zaoferowanych 12 miesięcy gwarancji, pozostałoby to bez wpływu na pozycję firmy Odwołującego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego również w tym zakresie. Bowiem o tym, czy (i w jaki sposób) poprawienie omyłki pozostanie bez wpływu na pozycję firmy Odwołującego, Odwołujący dowiedział się dopiero po otwarciu ofert. To wówczas mógł powziąć wiedzę, że w niniejszym postępowaniu wystarczy, że przedstawi minimalny okres gwarancji i nie zmieni to pozycji (czy też sytuacji) Odwołującego. Poprawienie omyłki zgodnie z żądaniem Odwołującego prowadziłoby do nieuprawnionego uprzywilejowania Odwołującego, który znając okresy gwarancji zawarte w ofertach innych wykonawców (a także informacje zawarte w tych ofertach) mógłby wskazać jako prawidłowy taki okres własnej gwarancji, który pozwoliłby na ocenę jego oferty jako najkorzystniejszej, lub zapewnić mu udział w dalszym postępowaniu.

71. Sygn. akt: KIO 447/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, iż elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

W rozpoznawanej sprawie można uznać, iż opisane powyżej kryteria spełniają omyłki w oznaczeniu jednostek w pozycjach 25. obu formularzy cenowych. Ich prawidłowa treść znajduje się bowiem we wzorach określonych przez Zamawiającego. Zgodnie zaś z oświadczeniem Odwołującego, jego zamiarem było zaoferowanie w każdej z powołanych pozycji formularzy cenowych ceny w takiej wysokości, jaką podał w ofercie złożonej Zamawiającemu. Rozbieżność z treścią SIWZ polega jedynie na wskazaniu innej jednostki miary w każdej z tych dwóch pozycji formularza. W porównaniu do SIWZ, w treści oferty złożonej przez Odwołującego, zmianie nie uległa treść powołanych pozycji formularzy opisujących zakres rzeczowy usługi tam sprecyzowanej. Zachowana zostałaby również wysokość cen zaoferowanych w pozycjach 25. obu formularzy cenowych (stanowisko Odwołującego nie pozostawiało tu w ocenie Izby wątpliwości, iż jego zamiarem było zaoferowanie cen jednostkowych w takich właśnie wysokościach), a tym samym nie zmieniona zostałaby też w żaden sposób całkowita cena ofertowa. Dlatego też poprawienie oznaczenia jednostki miary, z podanej przez Odwołującego „mb”, na wskazaną w SIWZ „mth”, zdaniem Izby, ocenione zostać musi jako zmiana, która nie pociągnie za sobą istotnej modyfikacji treści oferty złożonej przez Odwołującego. Tym samym działanie takie wypełniałoby przesłanki poprawienia omyłek w treści oferty wykonawcy ustanowione w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

72. Sygn. akt: KIO 538/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera żadnego wyłączenia zastosowania, gdy oferta podlega

odrzucaeniu z uwagi na zaistnienie błędu w obliczeniu ceny (czy innej podstawy odrzucenia oferty). Zamawiający nie ma też żadnej dyspozycyjności w jego stosowaniu, gdyż przepis ma charakter obligatoryjny. Oznacza to zatem, iż obciąża go obowiązek poprawienia omyłek w ofercie zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, choćby z tego powodu, że zobligowany jest wskazać wszystkie przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy. Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp przewidujący podstawy do odrzucenia oferty ma także charakter obligatoryjny i Zamawiającego obciąża obowiązek zweryfikowania wszystkich przyczyn, które mogłyby świadczyć o konieczności odrzucenia oferty. Argumentacja o braku celowości poprawiania omyłek w ofercie podlegającej odrzuceniu z innej przyczyny (tu: błąd w obliczeniu ceny) nie zasługuje na uwzględnienie skoro art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty sprzecznej z SIWZ, a błędy obmiarowe w kosztorysie o takiej niezgodności świadczą, z zastrzeżeniem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto brak zgody przez wykonawcę na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Wykonawca musi mieć w sposób jasny i jednoznaczny zaprezentowane przyczyny odrzucenia swojej oferty tak, aby treścią odwołania mógł objąć te przesłanki, które istotnie o tym zdecydowały.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

73. Sygn. akt: KIO 2813/11, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej, zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Oznacza to, iż wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania oceny oferty w świetle wymagań określonych SIWZ, przy czym zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, weryfikacja winna dotyczyć oferty w rozumieniu sensu largo, w zakresie wymagań merytorycznych wyartykułowanych w SIWZ, a nie wymagań formalnych.

Zatem, Odwołujący chcąc wykazać naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi zakwestionować ocenę oferty, dokonaną przez zamawiającego, przedstawiając rozbieżności występujące między treścią oferty a treścią SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż aby skutecznie postawić zarzut, że „zakres licencji i autorskich praw majątkowych, jakie mają być udzielone i przeniesione na Zamawiającego jest znacząco ograniczony”, po pierwsze należałoby wykazać owo ograniczenie względem wymagań postawionych w tym zakresie w SIWZ, po drugie, ograniczenie to musi wynikać z treści oferty.

74. Sygn. akt: KIO 2810/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

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

sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

75. Sygn. akt: KIO 3/12, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że fakt, iż Odwołujący nie złożył oświadczenia woli co do ceny za wykonanie obsługi geodezyjnej, jak i terminu jej realizacji, jednoznacznie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym stanie rzeczy nieuprawnione byłoby wezwanie wykonawcy do ponownego złożenia harmonogramu. Działanie takie doprowadziłoby do określenia przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert. Powyższe stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez umożliwienie Odwołującemu przygotowania oferty w dłuższym czasie niż dany pozostałym wykonawcom. Jednocześnie, brak jest możliwości dokonania poprawienia przedmiotowej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na charakter danych, które Odwołujący zobowiązany był wskazać w harmonogramie.

76. Sygn. akt: KIO 102/12, Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2012 r.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnych oferowanych rozwiązań – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. (...)

Izba zważyła, iż dla rozstrzygnięcia powstałego sporu mają znaczenie nie intencje Zamawiającego towarzyszące formułowaniu treści s.i.w.z., lecz to, w jakim kształcie zostały one ostatecznie uzewnętrznione w postanowieniach s.i.w.z. i wyjaśnieniach udzielanych przez Zamawiającego przed terminem składania ofert. Kierowanie się przez Zamawiającego wiedzą nie

ujawnioną w oficjalnych dokumentach postępowania lub dostępną wyłącznie wykonawcy dotychczas wykonującemu zamówienie stanowiłoby bowiem naruszenie zasad jawności i pisemności, a przede wszystkim zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

77. Sygn. akt: KIO 473/12, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter niezgodności merytorycznej, dotyczącej zaoferowanego świadczenia. Niezgodność formalna nie wpływa na treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów.

78. Sygn. akt: KIO 533/12, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

☒ sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego – w przedmiotowej sprawie przykładem takiej sprzeczności jest podanie innej niż określona przez zamawiającego głębokości szafek pracowniczych wiszących, tj. poz. 10 lit. A-H formularza, gdzie odwołujący zaoferował prawidłowo głębokość 42 cm przy ogólnym opisie szafek i sprzecznie z siwz głębokość 43 cm w opisie poszczególnych szafek, podczas gdy zamawiający w tym opisie szczegółowym wymagał głębokości 44 cm

☒ jak również sytuacji, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający – w przedmiotowej sprawie taka sytuacja zachodzi w odniesieniu do poz. 9, 20, 23, 24, 25 formularza, gdzie zamawiający wymagał wskazania np. „w kolorze brzozy”, „nogi chromowane”, „odchylony do boku”. Jednocześnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak już wspomniano powyżej, przewiduje się możliwość odrzucenia oferty tylko, o ile opisane powyżej „nieodpowiedniości” nie dadzą się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu poprawić takie omyłki, które spełniają łącznie dwa warunki :

☒ polegają na niezgodności oferty ze siwz i ☒ ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w

treści oferty. W zakresie pierwszej z przesłanek należy stwierdzić, że odnosi się ona wyłącznie do sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Pojęcie „niezgodności” jest węższe niż pojęcie „nieodpowiedniości”. Tym samym do poprawienia nadają się wyłącznie omyłki, które polegają na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i to wyłącznie takie, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzuca ofertę, gdy popełniona omyłka polega na sprzeczności oferty z treścią siwz, a jej poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, a także odrzuca ofertę w sytuacji, gdy omyłka (niezależnie od tego czy jest istotna czy też nie) nie polega na sprzeczności treści oferty z treścią siwz.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

79. Sygn. akt: KIO 2813/11, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący wskazał jedynie na przepis prawa, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, a którego popełnienia, zdaniem Odwołującego, dopuścił się Przystępujący. Tymczasem, powołanie się przez Odwołującego na art. 15 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, dla skuteczności wykazania naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wymaga po pierwsze, udowodnienia, iż Przystępujący dokonuje sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje takie zniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie. Po drugie, wykazania wymaga, iż sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Z użycia w art. 15 ust. 1 pkt 1 zwrotu „w celu” wynika, że czyn nieuczciwego zniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej. Żadnej z tych okoliczności Odwołujący nie wykazał, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 należało uznać za chybiony.

80. Sygn. akt: KIO 2787/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Tym samym stwierdzić należy, iż usługa stanowiąca 90% przedmiotu zamówienia stanowi w ofercie Odwołującego jedynie 15 % wartości zaoferowanej ceny. Oznacza to więc, iż usługa „Sprzątanie i odśnieżanie terenów wokół obiektów”, będąca faktycznie niewielką częścią wartości całego zamówienia przewyższa pod względem cenowym wartość podstawowej części zamówienia. A powyższe związane jest – jak podniósł Zamawiający – ze stawką podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia. Usługa ochrony osób i mienia oraz monitoringu objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątania i odśnieżania terenów wokół obiektów stawką 8%. Konsekwencją powyższego i jest więc zniżenie podatku VAT. Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliło by na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być

bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a wręcz – jak to podnosił Przystępujący – „manipulacji cenowej”. W ofercie żadnego z wykonawców nie doszło bowiem do tak wyraźnego zachwiania proporcji oferowanych usług. Miało to miejsce jedynie w ofercie Odwołującego. Tym samym zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istotnie działanie Odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5 - 17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niemniej jednak nawet wtedy, gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl tego przepisu (art. 3 ust. 1) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania Odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. A ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie Odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż działanie Odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

81. Sygn. akt: KIO 2814/11, KIO 2819/11, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie, Zamawiający w sposób wyraźny w postanowieniach SIWZ dokonał wydzielenia dwóch rodzajów usług, które zostały objęte przedmiotem zamówienia – usług utrzymania i usług rozwoju (rozdział II SIWZ, załącznik nr 3 do SIWZ – wzór umowy i przede wszystkim jego art. 2, 4 i 6, Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy). Postanowienia SIWZ, wskazują także na konieczność odrębnej wyceny wskazanych usług (przywołane powyżej postanowienia SIWZ oraz postanowienia rozdziału XVI pkt 2 SIWZ). Uwzględniając powyższe oraz to, że wycena 1 Punktu Funkcyjnego stanowiła podstawę przyznawania przez Zamawiającego punktów wykonawcom w ramach kryterium oceny ofert, któremu Zamawiający nadał wagę 35% (rozdział XVIII pkt 1.2) podanie przez (...) ceny w tym zakresie na poziomie 0,01 gr z pewnością stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu uzyskania niniejszego zamówienia na skutek nieuprawnionych, niekonkurencyjnych praktyk prowadzących do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, czy przedsiębiorców, tych którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie objęte jest dyspozycją normy prawnej wynikającej z dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi także samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III CKN 271/01, przywoływane tak przez

Zamawiającego, jak i Odwołującego). Dobre obyczaje, na które wskazuje się w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które stanowi pewnego rodzaju niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

82. Sygn. akt: KIO 406/12, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r.

Należy podkreślić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jednakże nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. (...) Aby tak się stało muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 tej ustawy) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut tak jak w treści niniejszego odwołania dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Zdaniem Izby, Odwołujący, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 kc nie wykazał popełnienia przez (...) czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

83. Sygn. akt: KIO 2810/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wyko-

bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

84. Sygn. akt: KIO 339/12, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2012 r.

Przede wszystkim nie sposób z góry wyłączać omyłek dotyczących sposobu wyrażenia ceny oferty będącej koniecznym elementem treści oferty, jako pozostających poza zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Na potrzebę rozważenia możliwości poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zanim stwierdzony zostanie błąd w obliczeniu ceny wskazał również Sąd Najwyższy, który na pytanie: Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy... odpowiedział w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11): Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy...).

Art. 90 ust. 1 i 2

85. Sygn. akt: KIO 2813/11, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Z przepisu tego wynika, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Zaś, ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego, po pierwsze, jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny, po drugie, w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Zadanie to częstokroć nastrocza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Założyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób

zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przy czyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców. (...)

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się Odwołującemu nieuzasadnione, mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). (...)

Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego.

86. Sygn. akt: KIO 2787/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Tymczasem Odwołujący udzielił wyjaśnień ogólnikowych, wskazując jedynie iż „kalkulował cenę ofertową biorąc pod uwagę wszystkie elementy zamówienia oraz fakt, iż na zamówienie składają się usługi podlegające opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT”, jak również, iż „w złożonej ofercie uwzględniono wszystkie koszty wpływające na wysokość wynagrodzenia”, a „sposób podziału wartości ceny całościowej w formularzu cenowym (...) wynika z zastosowanych przez Wykonawcę rozwiązań technologicznych i ekonomicznych i jest podyktowany wewnętrzną organizacją wykonania usługi przez Wykonawcę”. Tak więc Odwołujący w żaden sposób nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet i nie uprawdopodobnił, iż rzeczywiście tak jest, jak i, iż określone, konkretnie wskazane koszty w określonym stopniu wpłynęły na zaoferowaną przez niego cenę. Nie podał jakiegokolwiek sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny. Natomiast powołanie się „na rozwiązania technologiczne i ekonomiczne” oraz „wewnętrzną organizację wykonania usługi” nie znajduje odzwierciedlenia w materiale dowodowym. Odwołujący nie wskazał bowiem na czym zastosowane przez niego rozwiązania polegają oraz w jakim stopniu wpłynęły one na zaoferowaną przez niego cenę. Tym bardziej, że kalkulacja jednej roboczogodziny miała i ma niewątpliwie istotne znaczenie dla ustalenia ceny ofertowej. Same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólne twierdzenia, a takich sformułowań Odwołujący niewątpliwie użył w niniejszym stanie faktycznym, nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Można więc uznać, iż Odwołujący w istocie nie złożył wyjaśnień. Brak wyjaśnień ma miejsce bowiem nie tylko wtedy, gdy wykonawca nie odpowie na wezwanie

Zamawiającego, ale także wtedy, gdy wykonawca złoży wyjaśnienia, z treści których nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty.

87. Sygn. akt: KIO 349/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest bowiem wystarczającym złożeniem jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niska. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował na kwotę 5.400.000,00 zł (druk ZP-1), natomiast Odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaproponował cenę w wysokości 2.030.081,00 zł netto, 2.496.999,63 zł brutto (str. 1 oferty). Odwołujący, udzielając wyjaśnień – pismem z dnia 8 grudnia 2011 r. – bardzo ogólnie wskazał elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przykładowo podał, iż warunki realizacji przedmiotowego zamówienia są dla niego wyjątkowo sprzyjające, nie podając jednocześnie przekonujących argumentów okoliczność tę potwierdzających. Okolicznością taką nie może być zarówno samo stwierdzenie, iż Odwołujący „nie ma konieczności zatrudniania nowych pracowników”, jak również wskazanie na możliwość wykonania niektórych prac w miesiącach dla jego firmy „martwych”, o ile na ich potwierdzenie nie dokonano żadnych symulacji i wycień czy też wskazania w jakim stopniu miały one wpływ na zaoferowaną cenę. Na obniżenie kosztów miała mieć wpływ także możliwość uzyskania materiałów do realizacji przedmiotu zamówienia (roślin, ziemi itp.) z zastosowaniem wyjątkowo korzystnych obniżek i upustów. Jednakże Odwołujący nie wykazał jakiego rzędu byłyby to kwoty i jakiego asortymentu by dotyczyły.

88. Sygn. akt: KIO 406/12, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r.

(...) w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził iż „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne” (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08). (...)

Skoro zatem nie można uznać, iż wyjaśnienia nie zostały złożone i odrzucić na tej podstawie oferty, Odwołujący winien wykazać, dlaczego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień, w tym przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie (...). Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać

dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Zadanie Odwołującego było w tym zakresie nie- wątpliwie utrudnione, gdyż wyjaśnienia (...) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębior- stwa, jednak nie niemożliwe. Odwołujący nie kwestionował zresztą skuteczności powyższego zastrzeżenia, co więcej sam z niego skorzystał w odniesieniu do własnych wyjaśnień, o które także zwrócił się do niego Zamawiający. W ocenie Izby brak możliwości zapoznania się z wy- jaśnieniami nie zwalnia Odwołującego z ciężaru podjęcia choćby próby wykazania, z jakich względów wyjaśnienia przedstawione przez (...) nie mogły potwierdzać, że zaproponowana cena jest ceną rynkową i że można za nią wykonać zamówienie bez ponoszenia strat (por. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2470/11, KIO 2480/11). W treści odwoła- nia brak jest jakiegokolwiek argumentacji, która odwoływałaby się do specyfiki niniejszej spra- wy.

Art. 91 ust. 1

89. Sygn. akt: KIO 376/12, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo zgodnie ze swoimi zamierzenia- mi kreować kryteria oceny ofert, a zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp obowiązkowym kryterium jest kryterium ceny oraz inne kryteria, które już choć nie obowiązkowe, to mogą stanowić przed- miot uzasadnionej decyzji Zamawiającego. Przyjęcie przez Zamawiającego w postępowaniu kryterium jakości 30% jest zgodne z art. 90 ustawy, choć jest ono niemierzalne i jako takie podlega indywidualnej ocenie przez Zamawiającego. Nieunikniona jest zatem pewna doza subiektywizmu, która łączy się ściśle z ocennym charakterem tego czynnika. Wszakże nie oznacza to, że Zamawiający w tym zakresie może pozwolić sobie na pełną swobodę i dowol- ność. Zgodnie z przyjętymi powszechnie regułami w tym zakresie zamawiający jest w stanie opisać sposób oceny jakości za pomocą tzw. podkryteriów, wskazujących wykonawcom pewnego rodzaju preferencje, jakie będą przez niego punktowane przy owej ocenie jakości- wej załączonych do oferty próbek. Zamawiający dochował w przedmiotowym postępowaniu takiego obowiązku wskazując w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia cechy produktu, będące parametrami podlegającym sferze jego oceny, które można zakwalifikować, jako swego rodzaju „podkryteria”.

Art. 92 ust. 1

90. Sygn. akt: KIO 491/12, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na naruszeniu zasady jednoczesności informowania o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i zawiado- mił jednocześnie (tego samego dnia) wykonawców, którzy złożyli oferty na zadania 17, 18 i 19 o: wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu ofert a także terminie, po upływie którego może zostać zawarta umowa. Zamawiający prowadzi postępowanie z podziałem na 19 zadań części- wych, z których każde jest odrębnie rozpatrywane i ma prawo dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej dla

poszczególnych części w różnym czasie.

91. Sygn. akt: KIO 517/12, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r.

W ocenie Izby, postępowanie zamawiającego polegające na dokonywaniu odrębnych, w różnych terminach czynności poinformowania o wykluczeniu wykonawcy, a następnie wobec uznania bezskuteczności tej czynności, informowanie o przesłankach odrzucenia oferty odwołującego, które znane były zamawiającemu wcześniej, nie jest uzasadnione z punktu widzenia szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Racjonalnym byłoby, choć istotnie zasada ta nie wynika z przepisów ustawy Pzp, informowanie wykonawców o wszystkich zaistniałych przesłankach do wykluczenia czy odrzucenia ofert w toku jednej czynności badania i oceny ofert. W rozpatrywanej sprawie jest to tym bardziej uzasadnione, że okoliczność udzielenia „niewystarczających” wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, była zamawiającemu znana w toku pierwszej oceny ofert.

Art. 93 ust.1

92. Sygn. akt: KIO 480/12, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2012 r.

Izba przeanalizowała czynność unieważnienia postępowania pod względem wystąpienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp i zgodziła się z odwołującym się, że jedyną przesłanką, którą – oczywiście w domyśle – mógł kierować się zamawiający jest okoliczność wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tzn. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jednakże w ocenie Izby przesłanka ta nie miała miejsca w rozpoznawanym przypadku.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność.

Na gruncie ustawy Pzp przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp wskazującym na przesłanki nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie brzmienie art. 146 ust. 6 Pzp, przez pryzmat którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, o ile u podstaw jego działania legła przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, winien wskazać naruszenie ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania. Jeżeli w ocenie zamawiającego nieważność umowy wynikałaby z innych przepisów, obowiązkiem zamawiającego również było wskazanie podstawy prawnej uzasadniającej unieważnienie

postępowania.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

93. Sygn. akt: KIO 356/12, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożliwością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa w niniejszej sprawie na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2012 roku uzasadniając unieważnienie postępowania na kwestionowanej podstawie wskazał, iż dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia w związku ze swoimi potrzebami odnoszącymi się do rozbudowy infrastruktury systemowej i sprzętowej. Twierdził, że w związku z podjęciem decyzji o rozbudowie posiadanego systemu w opisie przedmiotu zamówienia zawarł zbyt mało informacji w przypadku oferowania systemu i sprzętu o cechach równoważności i kompatybilności do posiadanego.

W ocenie Izby ziszcza się jedna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, (nie przesądzając jednocześnie czy naruszenie przepisów ustawy Pzp niezakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w

art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy może być podstawą do unieważnienia postępowania w oparciu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu unieważnienia przez Zamawiającego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Skoro cała infrastruktura Zamawiającego oparta jest na systemach operacyjnych Linux i HP-UX, to zakup biblioteki, w przypadku której istnieje choćby potencjalna możliwość niespełnienia powyższego parametru, prowadziłyby do nieadekwatności zakupionego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego.

Art. 94 ust. 3

94. Sygn. akt: KIO 384/12, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r.

W odniesieniu zaś do zgłoszonego zarzutu niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych rezygnacji przez Zamawiającego z podpisania umowy z Odwołującym oraz wyboru kolejnej oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdza, iż nie zaszła przesłanka do takich działań Zamawiającego, wskazana w tym przepisie. Zgodnie bowiem z jego dyspozycją, Zamawiający może dokonać takiej czynności tylko jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w niniejszym przypadku Izba nie widzi podstaw do uznania, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Odwołujący bowiem, na życzenie Zamawiającego, trzykrotnie przedstawiał mu kosztorys, dokonywał poprawek oraz składał żądane przez Zamawiającego oświadczenia. Przy tym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, jakie konkretne zastrzeżenia dotyczące niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też dokumentacją projektową każdorazowo podnosi w stosunku do przedstawianych mu kosztorysów. Odwołujący, po piśmie Zamawiającego z 6 lutego 2012 r., wniósł również o wyznaczenie terminu zawarcia umowy. Tym samym zachowanie Odwołującego należy uznać za konsekwentnie zmierzające do zawarcia umowy.

Art. 179 ust. 1

95. Sygn. akt: KIO 2740/11, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r.

Nie podzielono przy tym argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą, w zakresie złożonego odwołania Odwołującemu nie sposób przypisać posiadania interesu. Wbrew teom Zamawiającego, interes ten nie przejawia się we

wniesieniu odwołania (str. 7 in fine odpowiedzi na odwołanie), ale w uzyskaniu zamówienia. Okoliczność, że uzyskana punktacja pozwala sklasyfikować Odwołującego na trzeciej pozycji nie przesądza także o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 28 grudnia 2011 r., zaś Odwołujący może ten wybór, w tym zaniechania wykluczenia wykonawców lub odrzucenia poprzedzających jego ofertę ofert kwestionować, wnosząc w tym zakresie odwołanie, co do którego termin na wniesienie jeszcze przecież nie upłynął. Przesądzenie zasadności zastrzeżenia, w tym kontrola uznania przez Zamawiającego zasadności takiego zastrzeżenia przez konkurencyjnego wykonawcę może pozwolić na uzyskanie dodatkowych argumentów, które posłużą do kwestionowania następnych decyzji Zamawiającego, takich jak ta o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zarzuty podniesione wobec bezzasadnego uznania utajnienia części oferty mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Na wynik postępowania, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty mają jednakże wpływ czynności podejmowane w toku całego postępowania o zamówienie, w tym incydentalne decyzje Zamawiającego, takie jak uznanie za prawidłowo zastrzeżonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Stąd też wnioskowanie – jak czyni to Zamawiający – że skoro oferta Odwołującego, po otwarciu ofert i dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty sklasyfikowana została na trzeciej pozycji, to nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia, nie uwzględnia okoliczności, że na obecnym etapie Odwołujący może jeszcze odwołać się od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym kwestionować zaniechania wykluczenia wykonawców wyżej sklasyfikowanych lub odrzucenia ich ofert, zaś uzyskanie pewności co do zasadności utajnienia elementów oferty tych wykonawców może pozwolić uzyskać dodatkowe argumenty w tym zakresie. Z tej perspektywy, Odwołującemu należało przypisać interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie kwestionowania dokonanego przez Zamawiającego uznania za prawidłowe utajnienia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie, nie może skutkować uznaniem braku interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, twierdzenie zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż wniesienie odwołania może stanowić nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy. Wniesienie odwołania stanowi środek ochrony prawnej, przysługujący zgodnie z ustawą każdemu wykonawcy, niezrozumiałym jest zatem rozważanie uprawnienia wynikającego z ustawy w kategorii nadużycia prawa. Upatrywanie w złożeniu odwołania intencji, przejawiających się w „działaniu na rzecz przedłużenia postępowania, o czym świadczy również wniesienie odwołania ze znaczącym uchybieniem ustawowego terminu” nie uwzględnia okoliczności, że kilka dni po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał kolejnej czynności – wyboru najkorzystniejszej oferty i że w związku z tą czynnością wykonawcom będą także przysługiwać środki ochrony prawnej, a co za tym idzie – czas trwania postępowania pozostaje bez związku z tym konkretnym odwołaniem.

96. Sygn. akt: KIO 93/12, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2012 r.

Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mo-

gącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej prawo- rządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyska- nia konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać in- teresu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożenia unieważnienia umo- wy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania. (...)

Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiego- kolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławcze- go, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

97. Sygn. akt: KIO 264/12, Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2012 r.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, uznaną za ważną, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (złożono tylko 2 oferty). Ma zatem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych w od- wołaniu, której to możliwości na skutek kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiają- cego został pozbawiony. Zdaniem Izby wniosku przeciwnego nie uzasadnia okoliczność, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, jest znacząco niższa niż cena oferty Odwołującego, co stanowić może podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba, oceniając powyższą okoliczność, wzięła pod uwagę, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie obliuguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww.

przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do war- tości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Tak więc w przypadku wy- kluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum (...) oferta Odwołującego jako druga w ko- lejności może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem oferta ta nie została odrzuc- na. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez Zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty Odwołującego. Jest to okoliczność przy- szła, która może, lecz nie musi nastąpić. Nie jest zatem uzasadnione, aby w oparciu o zdarze- nie przyszłe i niepewne oceniać uprawnienie Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania. Dodatkowo przedmiotowa kwestia, jako że odnosi się do ewentualnej czynności przyszłej

Zamawiającego, która jeszcze nie miała miejsca, mogłaby być przedmiotem odrębnego odwołania.

98. Sygn. akt: KIO 306/12, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r.

Niezależnie od stwierdzenia zasadności podnoszonych zarzutów, Izba uznała, iż odwołanie podlegać winno oddaleniu, gdyż czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp nie prowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, jak również nie miały wpływu na wynik postępowania.

W szczególności należało uwzględnić okoliczność, iż oferta odwołującego była ofertą najdroższą spośród złożonych w tym postępowaniu ofert. Zgodnie z kryterium oceny ofert – cena (waga 100%), przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie wpłynęłoby na zmianę jej pozycji w taki sposób, aby odwołujący mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, a tym samym czynność zamawiającego faktycznie nie powodowała naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu.

99. Sygn. akt: KIO 445/12, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r.

Izba nie podziela jednakże stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania – jak wcześniej wskazano – poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy

Pzp. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

W toku postępowania odwoławczego ustalono jedynie, jaką kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia oraz że kwota, stanowiąca cenę oferty Odwołującego przekracza tę kwotę. Jednakże, w ocenie Izby, nie uzasadnia to domniemania, iż Zamawiający nie ma możliwości podwyższenia rzeczowej kwoty. Umocowany przedstawiciel Zamawiającego również takiego oświadczenia nie złożył. Stąd, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór oferty tego wykonawcy nie prowadziłby do zawarcia z tym wykonawcą umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

100. Sygn. akt: KIO 471/12, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2012 r.

Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem bierze udział w niniejszym postępowaniu, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem i wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji składając ofertę wstępną i biorąc udział w prowadzonych przez Zamawiającego negocjacjach. Odwołujący biorąc więc udział w kolejnych etapach prowadzonego, w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowania potwierdza, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże, rację należy przyznać Zamawiającemu, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, przez „szkodę” należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Wskazanie przez Odwołującego, iż sposób ukształtowania przez Zamawiającego treści SIWZ (w spornym zakresie) narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, w ocenie Izby, uzasadnia możliwość wystąpienia po stronie Odwołującego szkody. Zaś, związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy poprzez wadliwe sporządzenie SIWZ a potencjalną szkodą wydaje się oczywisty.

Jakkolwiek uzasadnienie posiadania legitymacji do wniesienia odwołania nie zostało przez Odwołującego wywiedzione w sposób rozbudowany, to nie można jednakże zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący pominął wykazanie możliwości wystąpienia szkody, a tym samym nie sprostował obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. W ocenie Izby, podane przez Odwołującego okoliczności stanowią wystarczającą podstawę do uznania, iż możliwość wystąpienia szkody po stronie Odwołującego została wykazana.

101. Sygn. akt: KIO 482/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

W ocenie Izby, odwołujący na moment wniesienia odwołania nie wykazał przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zarówno w zakresie zadania 1 jak i zadania 2. Jak wynika z zawiadomienia zamawiającego o wynikach postępowania skierowanego do odwołującego (pismo z 2 marca 2012 r. znak: (...)), oferta odwołującego została odrzucona w zadaniu 2. Podjęta przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty pozbawiła go możliwości uzyskania danego zamówienia, wszak nie może uzyskać zamówienia wykonawca, którego oferta została odrzucona. Odwołujący nie podjął jednak żadnych działań w obronie swojej oferty. W treści odwołania nie kwestionował zasadności odrzucenia jego oferty w tej części, jak również nie domagał się unieważnienia takiej czynności zamawiającego. Zatem czynność ta nadal pozostawałaby w mocy, uniemożliwiając wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Brak możliwości uzyskania zamówienia w zadaniu 2 postępowania przesądza zaś o braku po stronie odwołującego interesu nakierowanego na uzyskanie danego zamówienia. Zarzuty i żądania odwołującego podniesione przez odwołującego w zakresie zadania nr 2 skierowane były na unieważnienie postępowania w tej części. Dostrzeżenia wymaga, że skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Tymczasem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i domaganie się unieważnienia postępowania w zadaniu 2 oznacza, że odwołujący wykazał się mógł co najwyżej możliwością uzyskania hipotetycznego przyszłego zamówienia, które zostanie udzielone ewentualnie po unieważnieniu przez zamawiającego obecnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem z utrwalonego orzecznictwa wynika, że interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania w którym składane jest odwołanie, a nie podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego. Nawet jeżeli doszłoby do ogłoszenia nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, nie byłoby to „dane zamówienie” (por. wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2011 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1304/11). Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie obejmuje też czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia. Odwołujący zobowiązany jest bowiem do wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę skorzystania ze środka ochrony prawnej z uwagi na możliwość uzyskania danego zamówienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2010 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1719/10). Co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona i który żąda unieważnienia postępowania podzielono również stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II Ca 9/11.

Art. 180 ust. 2

102. Sygn. akt: KIO 416/12, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r.

Reasumując, stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Jednocześnie, Izba uznała, iż dla rozstrzygnięcia w przedmiocie wskazanego zarzutu, niezbędne było zbadanie, mimo ograniczeń wynikających z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, czy istniały podstawy do wdrożenia procedury, określonej w przepisach art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ze względu na bezwzględnie obowiązujący charakter tych przepisów i obowiązek poprzedzenia ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty, postępowaniem uzupełniającym i wyjaśniającym, o którym mowa we wskazanych przepisach.

Art. 185 ust. 2

103. Sygn. akt: KIO 306/12, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r.

W związku z wniesioną przez zamawiającego opozycją wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się - wykonawcy Wojciecha K., Izba, uwzględniając okoliczności podnoszone przez zamawiającego, uznała opozycję za zasadną i odmówiła udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającemu przystąpienie. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający ją uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp). W ocenie składu orzekającego Izby, w sytuacji kiedy zgłaszający przystąpienie utracił status wykonawcy, nie może on skutecznie stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W szczególności, mając na uwadze treść przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, należy uznać, iż przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić jedynie wykonawca. W orzecznictwie, w tym również sądowym, wskazuje się na utratę statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji, kiedy podmiot nie wnosi środków ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty, czy też wykluczenia z postępowania (tak SO w Piotrkowie Trybunalskim II Ca 9/11 z 17.02.2011 r., SO w Warszawie V Ca 307/09 z 02.04.2009 r.), co pozbawia go również interesu w uzyskaniu zamówienia i czyni nieskutecznym dalsze wnoszenie środków ochrony prawnej. Należy zauważyć, iż dla skutecznego wniesienia opozycji wobec przystąpienia wykonawcy, wystarczające jest uprawdopodobnienie braku po stronie wnoszącego przystąpienie, interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba ustaliła, iż zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, o której został powiadomiony pismem doręczonym w dniu 7 lutego 2012 r., a tym samym utracił status wykonawcy, wykluczając swój dalszy udział w postępowaniu, w tym również w postępowaniu odwoławczym. W tej sytuacji, nie było konieczne nawet uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone, gdyż w momencie, w którym zostało ono wniesione do Izby podmiot nie miał legitymacji czynnej, która wiąże się z posiadaniem statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 186 ust. 2 i 3

104. Sygn. akt: KIO 217/12, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy poprzez niewykonanie czynności zawartych w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2011 roku (tj. odrzucenia oferty Konsorcjum (...) i

wybór oferty Odwołującego), które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego pismem z dnia 5 stycznia 2012 roku.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie bezsporne jest, iż odwołujący sformułował w odwołaniu z dnia 29 grudnia 2011 r. w sprawie sygn. akt KIO 2802/12 żądanie nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującej (oferty wybranej) i nakazania wyboru oferty odwołującego, to jest również bezsporne (wynika wprost z treści odwołania), że sformułował żądanie ewentualne – nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wprost w uwzględnieniu odwołania z dnia 5 stycznia 2012 r. wskazał, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny ofert, a w zakresie żądań ewentualnych wykona żądanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Istotą żądania ewentualnego jest to, że żądanie takie może być rozpoznane i rozstrzygnięte tylko wówczas, gdy nie można uwzględnić żądania pierwszego - vide wyrok SN z dnia 26 stycznia 1979 r. sygn. akt IV CR 403/78 OSN 1979 nr 10 poz. 193 oraz wyrok SN z 31 stycznia 1996 r. sygn. akt III CRN 58/95 niepubl. Tym samym dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy stało się konieczne stwierdzenie, czy możliwe było uwzględnienie żądania odrzucenia oferty przystępującego jako oferty z rażąco niską ceną w dacie pierwotnego wyboru tej oferty. W momencie pierwszego wyboru zamawiający nie weryfikował w ofercie przystępującego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ani nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest niedopuszczalne bez wyczerpania trybu art. 90 ust. 1 ustawy wezwania do wyjaśnień. Ponieważ wobec przystępującego taka procedura wezwania do wyjaśnień w ramach pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie była przeprowadzona, zamawiający nie mógł uwzględnić żądania odwołującego polegającego na odrzuceniu oferty przystępującego z powodu złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską bez naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy. Tym samym skoro zadośćuczynienie żądaniu odwołującego było niemożliwe, gdyż powodowałoby, że czynności zamawiającego byłyby niezgodne z przepisami ustawy, zamawiający miał prawo rozpoznać i wykonać żądanie ewentualne, tj. żądanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby wobec zgłoszenia żądań ewentualnych i niemożności uwzględnienia jednego z nich uwzględnienie drugiego należy traktować, jako wypełnienie żądań odwołującego w całości. Tym samym Izba nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy – odwołującemu nie służy prawo do kwestionowania prawidłowości czynności podjętych po wykonaniu przez zamawiającego żądań odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2802/11, tj. kwestionowania czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz powtórzonych czynności badania i oceny ofert, oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

105. Sygn. akt: KIO 517/12, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony przystępującego, zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak wynika, z dokumentacji akt sprawy, zamawiający w dniu 8 marca 2012 roku zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu z dnia 15 lutego 2012 roku: unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zamawiający nie wykonał, zawartego w treści odwołania żądania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, bowiem w toku badania ofert doszedł do wniosku, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, obowiązek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, także wówczas, jeśli w toku ponownego badania i oceny oferty stwierdzi, że istnieją, inne niż wcześniej podniesione (w toku pierwszego badania i oceny ofert) okoliczności uzasadniające dokonanie tej czynności. Zatem zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek, aby w sytuacji ujawnienia, w toku powtórnego badania i oceny ofert, przesłanek do wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty dokonać tych czynności.

Przyjęcie odmiennego stanowiska i stwierdzenie, że w toku powtórnego badania i oceny ofert, zamawiający nie mógłby, w sytuacji zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty, dokonać tej czynności, mogłoby doprowadzić do wyboru oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. W rozpatrywanym stanie faktycznym, należy wskazać, że przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, była znana zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania, bowiem już w dniu 9 grudnia 2011 roku na skutek skierowanego przez siebie wezwania otrzymał od odwołującego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, których wówczas nie kwestionował. Zamawiający w toku rozprawy stwierdził, że nie oceniał złożonych wyjaśnień z uwagi na okoliczność, że zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 187 ust. 1 pkt 2

106. Sygn. akt: KIO 145/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Izba uznała także, iż odwołanie zostało prawidłowo opłacone. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający podjął decyzję o zezwoleniu wykonawcom na składanie ofert częściowych. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia było jedno, natomiast jedynie wykonawcom przysługiwało upoważnienie do składania ofert obejmujących swoim zakresem tak całość, jak i wyodrębnioną część zamówienia. Nie zmieniło to jednak liczby prowadzonych przez zamawiającego postępowań. Postępowanie było jedno i jedna była czynność badania i oceny ofert, jedynie informacja o dokonaniu tej czynności w zakresie części III oraz w zakresie części I, II i IV była wykonawcom przekazana w różnym czasie. Brak jest zakazu ustawowego dla takiego działania zamawiającego. Brak jest zatem podstaw do wymagania od wykonawcy wnoszenia wpisu osobno dla każdej części zamówienia, o którą się ubiegał.

Art. 187 ust. 3

107. Sygn. akt: KIO 482/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w przypadku pozostałych zarzutów nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek przystępującego, zgłoszony w trakcie posiedzenia Izby, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesione- go przez podmiot nieuprawniony. Przystępujący ustnie w trakcie posiedzenia, jak również w złożonym piśmie procesowym z 27 marca 2012 r. wywodził, że odwołanie zostało złożone przez pełnomocnika działającego na podstawie dokumentu pełnomocnictwa, który jest do- tknięty wadą co do treści. Wskazał, że pełnomocnictwo z dnia 27 stycznia 2012 r., załączone do odwołania nie obejmowało umocowania do wniesienia odwołania, gdyż koniecznym było załączenie pełnomocnictwa rodzajowego. Ponadto, zdaniem przystępującego, czynność wniesienia odwołania przekraczała umocowanie lidera konsorcjum wynikające z umowy konsorcjum.

W ocenie Izby przywołane przez przystępującego okoliczności faktyczne nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz prze- słankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie pełnomocnictwa wadliwego, które nie potwierdza umocowania do wniesienia odwołania, należy bowiem utożsamić w skutkach z brakiem pełnomocnictwa, co podlega procedurze przewidzianej art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. wydany w spra- wie o sygn. akt V Ca 2739/11). Brak było także podstaw do zwrotu odwołania bez wypełnie- nia procedury wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Wezwanie w po- wyższym zakresie zostało dokonane postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2012 r., a w jego następstwie odwołujący złożył w wymaganym terminie pełnomocni- ctwo z 8 marca 2012 r. potwierdzające w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania. Dodatkowo pełnomocnictwo zostało podpisane przez obu członków konsorcjum, więc dokumentowi można było przypisać znamiona uchwały, o której mowa w umowie kon- sorcjum. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 ust. 2

108. Sygn. akt: KIO 145/12, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy. Izba uznała, że pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 3 grudnia 2011r. dla Andrzeja P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) Andrzej P. upoważniające do reprezentowania konsorcjum odwołującego przed Nadleśnictwem C., jako jednostką La- sów Państwowych, Prezesem UZP oraz Krajową Izbą Odwoławczą obejmuje upoważnienie do reprezentowania konsorcjum także przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej, do któ- rego z mocy art. 180 ust. 4 ustawy wnosi się odwołanie. Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza jest instytucją właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jej organem jest z mocy art. 172 ust. 2 pkt 1 Pre- zes Izby. Zatem Prezes Izby jest organem, który reprezentuje Izbę na zewnątrz oraz wyznacza skład orzekający Izby do rozpoznania odwołania, w tym jego przewodniczącego. Tym samym odwołanie składa się de facto do Izby na ręce jej Prezesa. Tym samym wskazanie w zakresie pełnomocnictwa na

upoważnienie do reprezentowania przed Izbą obejmuje także upoważnienie do działania przed Prezesem tej Izby.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

109. Sygn. akt: KIO 159/12, Postanowienie KIO z dnia 9 lutego 2012 r.

Zamiast wniesienia odwołania wobec treści SIWZ odwołujący zdecydował się w dniu 9 stycznia 2012 r., w formie wniosku o wyjaśnienie SIWZ, wystosować do zamawiającego wezwanie do udostępnienia interfejsów API dla posiadanych urządzeń. Podtrzymanie stanowiska przez zamawiającego, który w dniu 17 stycznia 2012 r. nie udostępnił interfejsów API i nie określił warunków technicznych integracji nie spowodowało zatem żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie na zasadzie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Stan opisany w SIWZ, polegający na nieudostępnieniu interfejsów API i braku zobowiązania zamawiającego do ich udostępnienia w przyszłości trwał od początku, tj. od dnia 20 grudnia 2011 r. Już pierwotne brzmienie SIWZ wskazywało, że zamawiający nie udostępnił interfejsów API, brak było również podstaw do przypuszczeń, że zamawiający w przyszłości je udostępni wykonawcy wybranemu, skoro nie wspomniał na ten temat w SIWZ. Odpowiedzi na pytania z dnia 17 stycznia 2012 r. nie wprowadziły nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by to zmieniały.

Jedyną nową okolicznością jaka ujawniła się na skutek odpowiedzi na pytania z dnia 17 stycznia 2012 r. były powody, dla których warunki techniczne integracji nie zostały przez zamawiającego określone w SIWZ, a mianowicie fakt nie dysponowania przez zamawiającego interfejsami API dla użytkowanych dotychczas przez zamawiającego urządzeń. Trudno jednak uznać, aby dopiero poznanie powodu, dla którego zamawiający nie określił w SIWZ niezbędnych wedle odwołującego warunków technicznych integracji umożliwiło mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. To nie powód, dla którego zamawiający był w stanie zaniechania, lecz samo zaniechanie umożliwia wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający podtrzymuje treść SIWZ wyjaśniając powody braku danego postanowienia SIWZ nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawcy uzyskują wiadomość o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w rozumieniu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

110. Sygn. akt: KIO 505/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.

W przepisach ustawy Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na

orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugiej ustawy Pzp). Ponadto, Izba wskazuje na treść regulacji wprowadzonej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [(Dz. U. Nr 48, poz. 280) – przyp. red.], w którym to regulaminie w § 7 wprowadza się domniemanie doręczenia korespondencji w dniu przesłania jej faksem z wyraźnym wyłączeniem czynności wniesienia odwołania. Natomiast zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (forma równoważna formie pisemnej). Powyższe wskazuje, iż dla zachowania terminu na wniesienie odwołania konieczne jest, aby pismo faktycznie zostało wniesione do Prezesa Izby w terminie ustawowym, co w przedmiotowej sprawie, mając na uwadze, iż odwołanie zostało złożone w formie pisemnej, nastąpiło w dniu jego wpływu do kancelarii organu, tj. 15 marca 2012 r.

Powyższa interpretacja przepisów regulujących wniesienie odwołania znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo postanowienie KIO 1279/10 z 01.07.2010 r., KIO 1382/10 z 09.07.2010 r., KIO 1424/10 z 20.07.2010 r.), jak również w orzecznictwie Sądów Okręgowych, w którym wskazuje się, iż złożenie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest jednoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (por. SO we Wrocławiu X Ga sygn. akt 254/10 z dnia 16.11.2010 r., SO w Łodzi sygn. akt X Ga 311/10 z 26.11.2010 r.).

Art. 190 ust. 6

111. Sygn. akt: KIO 352/12, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r.

Izba odmówiła przeprowadzenia, wnioskowanego przez Zamawiającego, dowodu z nagraniem, które zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy obrazować miało proces dokonywania oceny próbek. W ocenie składu orzekającego dowód ten powołany został jedynie dla zwłoki, potwierdzać miał bowiem okoliczności, które nie mogły zostać uznane za istotne dla rozstrzygnięcia. Nagranie to obrazować miało, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, nie proces oceny, który znalazł swoje odzwierciedlenie w protokole postępowania, ale stanowiło ono jego swego rodzaju rekonstrukcję dokonaną w celu zaprezentowania jej przed Izbą, a tym samym nie mogło zostać uznane za dowód tego co zostało stwierdzone protokołem. Co ważne, Zamawiający nie dążył do podważenia treści protokołu, ale wprost przeciwnie, do wykazania jego należytego sporządzenia, a tym samym zasadności podjętych przez niego czynności. W uznaniu Izby dla dokonania oceny działań Zamawiającego wystarczający był materiał dowodowy już zgromadzony w tej sprawie, w szczególności dokumentacja postępowania. Analogicznie Izba oceniała zasadność zgłoszonego przez Odwołującego wniosku o przeprowadzenie dowodu z oględzin złożonych Zamawiającemu przez tego Wykonawcę próbek oraz katalogów oferowanego przez niego asortymentu. Także w tym przypadku Izba uznała, iż wystarczający jest materiał dowodowy już w sprawie zgromadzony. Dlatego też skład orzekający stwierdził, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów byłoby bezprzedmiotowe i prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Art. 191 ust. 2

112. Sygn. akt: KIO 350/12, KIO 357/12, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r.

Izba zgadza się z odwołującym się, iż zamawiający winien był również zwrócić się do niego o wyjaśnienie treści złożonego wykazu w zakresie spornych punktów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Rolą zamawiającego jest wyjaśnić wątpliwości w zakresie złożonych dokumentów podmiotowych przy wykorzystaniu przysługujących mu środków prawnych. Izba uznała więc, że zamawiający naruszył w tym zakresie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednakże w ocenie Izby uchybienie to nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem ocena stanu faktycznego i jego subsumpcja do treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na wniosek, iż w istocie odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje i informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 192 ust. 2

113. Sygn. akt: KIO 306/12, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r.

Izba, ponad stwierdzenie braku naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia uznała, że opisane powyżej naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, w którym zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Przywrócenie do oceny oferty odwołującego nie zmieniłoby tego wyniku, gdyż oferta wybrana była ofertą tańszą od oferty odwołującego, a zatem nie można było stwierdzić, iż wykluczenie odwołującego z postępowania, odrzucenie jego oferty, czy też zatrzymanie wadium, miało istotny wpływ na wynik postępowania. W oparciu o ustalone kryteria oceny ofert, oferta odwołującego mogłaby zostać sklasyfikowana dopiero na szóstej pozycji, w rankingu ofert nie podlegających odrzuceniu. Istotnego wpływu na wynik postępowania nie mogła mieć również sama czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp., będąca wynikiem dokonanej przez zamawiającego czynności oceny oferty odwołującego. W ocenie składu orzekającego, nie można ustalić istnienia związku pomiędzy czynnością zatrzymania wadium a ustaleniem wyniku postępowania, co niezależnie od wadliwości decyzji zamawiającego nie mogło prowadzić również do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Izba jedynie wskazuje w oparciu o poczynione wcześniej rozważania, iż nie została wypełniona ustawowa przesłanka zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp., gdyż wykonawca na wezwanie zamawiającego uzupełnił żądane dokumenty, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji, odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy podlegało oddaleniu.

Art. 192 ust. 7

114. Sygn. akt: KIO 482/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

Izba, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący wprowadził zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże z zupełnie innych, wyraźnie wyartykułowanych w uzasadnieniu odwołania powodów. Jednakże należało zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Izby akcentuje się, iż za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10, wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11, KIO 2223/11). Z tego powodu Izba nie mogła odnieść się do zarzutów, które nie zostały podniesione przez odwołującego w odwołaniu.

ŹRÓDŁO: Zeszyty orzecznicze UZP.